

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ECUADOR
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES Y COMUNICACIÓN
CONVOCATORIA 2009-2011**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN RELACIONES
INTERNACIONALES CON MENCIÓN EN NEGOCIACIÓN Y
COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

**EL REGIMEN DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CAN: ¿DE
REALISMO A GOBERNANZA?**

RAMIRO ALEJANDRO RODRÍGUEZ MEDINA

MAYO 2013

FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ECUADOR
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES Y COMUNICACIÓN
CONVOCATORIA 2009-2011

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN RELACIONES
INTERNACIONALES CON MENCIÓN EN NEGOCIACIÓN Y
COOPERACIÓN INTERNACIONAL

EL REGIMEN DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CAN: ¿DE
REALISMO A GOBERNANZA?

RAMIRO ALEJANDRO RODRÍGUEZ MEDINA

ASESOR DE TESIS: ERNESTO A. VIVARES
LECTORES/AS: JORGE RIVERA CLERC, JUAN FERNANDO TERÁN

MAYO 2013

DEDICATORIA

Para mis padres Oscar y Patricia, por todo y más que todo.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, mis padres Oscar y Patricia, por su cariño, ternura, comprensión y apoyo incondicional; a mi hermana Valentina, fraternidad, complicidad y franqueza meridiana.

A la memoria de mi querida abuelita Piedad (†), cuyo amor y dulzura volvieron fantástica mi niñez y marcaron mi alma; a mis abuelitos Miguel Eduardo y María Esther, cuya tenacidad y buen nombre son mi ejemplo de vida.

A mis tíos Miguel, Alejandro, María Del Carmen y Renata que con su cariño y apoyo incondicional, me han ayudado a crecer; a mis primos Daniela, Miguel, Renata, Doménica y Camila, por su hermandad y afecto sincero.

A mis maestros, todos aquellos quienes a lo largo de mi vida me han instruido y han contribuido con mi formación, especialmente a mi asesor de tesis Ernesto Vivares, cuyo conocimiento, apoyo y aliento hizo posible este momento, a Roque Farto quién me permitió aprender a enseñar.

A mis compañeros, con quienes viví gratos momentos y compartí varias jornadas de desvelo; y a todos aquellos quienes de una u otra forma contribuyeron y me instaron constantemente a concretar este trabajo investigativo para poder formalizar mi graduación, principalmente a ti Evelyn por todo tu apoyo y estar siempre presente.

INDICE

1. MARCO TEORICO	11
1.1. Introducción	11
1.2. Marco Teórico	13
1.2.1. La Propiedad Intelectual. Nociones	13
1.2.2. Concepto de Régimen Internacional a la luz de las diferentes teorías de las relaciones internacionales	14
1.2.2.1. Realismo:.....	15
1.2.2.2. Liberalismo.....	19
1.2.3. Importancia del estudio de los Regímenes Internacionales. Actualidad del debate	21
1.2.4. La Patente de Invención	22
1.2.5. Breve reseña histórica sobre el régimen de Propiedad Intelectual	24
1.2.5.1. Período de Armonización Suave o moderada	24
1.2.5.2. Período de Armonización dura o profunda.....	25
1.3. El Régimen Andino de Propiedad Intelectual.....	29
1.3.1. Introducción	30
1.3.2.- Breve reseña histórica.....	34
1.3.3. Normas sobre Propiedad Intelectual en los países andinos	36
1.3.4. Tiempo de duración de las patentes y su repercusión en los Países de la CAN	39
1.3.5. Patentes de segundo uso y la política sobre ellas en la CAN.....	44
1.3.6. Información no divulgada en la CAN:	49
1.3.7. Vinculación de la Autorización de Comercialización con la Patente en la CAN	50
1.3.8. El éxito de la CAN en el tema de Propiedad Intelectual	50
1.4. Conclusiones.....	52
2. Propiedad Intelectual: ¿Democracia o dictadura?.....	55
2.1. Introducción	55
2.2. Argumentos que sostienen una postura favorable al régimen	56
2.2.1. Perspectiva y Evidencia Empírica de la Tesis Liberal.....	60
2.2.2. Evidencia empírica sustentada en lo atinente a Patentes.....	68

3.	Propiedad Intelectual: ¿Dictadura o democracia?	90
3.1.	<i>Introducción</i>	90
3.2.	<i>Argumentos que sostienen una postura contraria al régimen de Propiedad Intelectual:</i>	91
3.2.1.	<i>La Propiedad Intelectual en el seno de la OMC:</i>	98
3.2.2.	<i>Argumentos que sostienen una postura contraria al régimen de Propiedad Intelectual bajo la Teoría Realista</i>	99
3.2.3	<i>Evidencia empírica sustentada en lo atinente a Patentes</i>	115
3.2.3.1.	<i>Patentes en vigor</i>	124
3.2.3.2.	<i>Tecnologías con intensa actividad en materia de patentes</i>	129
3.2.3.3.	<i>Las patentes y la creatividad</i>	135
3.2.3.3.1.	<i>Cuando no existen patentes, los conocimientos se comparten libremente y no se guardan en secreto.</i>	136
3.2.3.3.2.	<i>Lo que se ofrece a través de las patentes no son conocimientos, sino información, y las patentes impiden a otros utilizar dicha información.</i>	138
3.2.3.3.3.	<i>Las patentes son, ante todo, un medio de generar ingresos, no de generar o transferir conocimientos</i>	138
4.	Salud Pública y Patentes	144
4.1.	<i>Introducción</i>	144
4.2.	<i>Patentes y derecho a la salud</i>	145
4.2.1.	<i>Licencias Obligatorias</i>	149
4.2.2.	<i>La Declaración de Doha, relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, 14 de noviembre de 2001:</i>	155
4.2.3.	<i>La Decisión de 30 de agosto de 2003, adoptada por la OMC:</i>	158
4.2.4.	<i>Cifras y realidad en el Ecuador sobre patentes en general y respecto de patentes farmacéuticas y licencias obligatorias:</i>	170
5.	Conclusiones y recomendaciones	183
5.1.	<i>Conclusiones</i>	183
5.2.	<i>Recomendaciones:</i>	202
6.	Bibliografía	214

INDICE DE GRAFICAS

Gráfica 1: Patentes otorgadas por millones de persona	70
Gráfica 2: Inversión en investigación y desarrollo	71
Gráfica 3: Patentes concedidas	71
Gráfica 4: Regalías por derechos de Propiedad Intelectual	71
Gráfica 5: Solicitudes PCT por año de presentación	76
Gráfica 6: Número de solicitudes internacionales PCT presentadas	76
Gráfica 7: Patentes concedidas entre el año 1985 y 2005.....	79
Gráfica 8: Evolución y el crecimiento de las solicitudes respecto de los años 2005 y 2006.....	121
Gráfica 9: Número de patentes concedidas en todo el mundo durante el año 2005 según el país de origen de los solicitantes.	122
Gráfica 10: Número de patentes concedidas respecto de las oficinas de patentes.....	124
Gráfica 11: Número total de patentes en vigor en 2004 y 2005 por oficina.....	125
Gráfica 12: Número de patentes en vigor en 2005, con arreglo al país de origen del solicitante de la patente	125
Gráfica 13: Distribución de las solicitudes de patente presentadas en determinados sectores técnicos (por oficina de patentes) entre 2000 y 2004.....	131
Gráfica 14: Número de petitorios de patentes, modelos y diseños industriales presentados por año	173
Gráfica 15: Número de petitorios de diseños industriales presentados por año	174
Gráfica 16: Número de petitorios de diseños industriales presentados por aceptación de diseño	175
Gráfica 17: Número de petitorios de modelos de utilidad presentados por año	176
Gráfica 18: Número de petitorios de patentes presentados por año.....	177
Gráfica 19: Número de petitorios de patentes presentados por año vs. Número de patentes farmacéuticas.....	179
Gráfica 20: Número de petitorios de patentes presentados por año vs. Número de patentes farmacéuticas en al año 2000, 2005 y 2010	180

INDICE DE TABLAS

Tabla 1: Número total de solicitudes de patente presentadas y de patentes concedidas.....	78
Tabla 2: Los 20 países en desarrollo con el mayor número de solicitudes internacionales PCT presentadas durante el año 2008.....	82
Tabla 3: Evolución normativa de la Propiedad Intelectual en la CAN.....	109
Tabla 4: Los 15 países cuyos solicitantes presentaron la mayoría de solicitudes internacionales PCT en 2008.....	123
Tabla 5: Idiomas de presentación de las solicitudes internacionales de PCT.....	126
Tabla 6: Principales empresas a nivel mundial usuarias del régimen.....	127
Tabla 7: Sectores de la tecnología correspondientes a las solicitudes internacionales PCT publicadas en 2008 y el crecimiento anual en ese año.....	130
Tabla 8: Casos exitosos de licencias obligatorias en el mundo:.....	161
Tabla 9: Diferencia de precios en medicamentos seleccionados.....	162
Tabla 10: Número de petitorios de patentes, modelos y diseños industriales presentados por año.....	173
Tabla 11: Número de petitorios de diseños industriales presentados por año.....	174
Tabla 12: Número de petitorios de diseños industriales presentados por aceptación de diseño.....	175
Tabla 13: Número de petitorios de modelos de utilidad presentados por año.....	176
Tabla 14: Número de petitorios de patentes presentados por año.....	177
Tabla 15: Número de petitorios de patentes presentados por año vs. Número de patentes farmacéuticas.....	178

RESUMEN

La propiedad intelectual, constituye un área de estudio interesante e importante para cualquier país y aunque actualmente está en la mesa de análisis y discusión en las diferentes negociaciones internacionales, en el seno de los países latinoamericanos, fuera del contexto jurídico, poco se ha debatido sobre ello.

Aquello se ve evidenciado en la casi total ausencia de investigación al respecto, pues más allá de encontrar algunos textos que analizan la perspectiva jurídica de la propiedad intelectual, resulta bastante complicado encontrar bibliografía y artículos de estudio desde la perspectiva de las relaciones internacionales.

Para muchos, el debate sobre la propiedad intelectual y la generación de un monopolio como pilar fundamental de un sistema basado en la libre competencia y el libre mercado, está superado, sin embargo la realidad práctica nos muestra otra cosa totalmente diferente, y es que no sólo que el debate no está zanjado sino que cada vez aparecen más aristas y temas por debatir.

Tan intenso y duro resulta el debate que la ronda de Doha, que trajo consigo el acuerdo de Marrakech y la suscripción de los ADPIC, tardó años en llegar a un “consenso”, y pues la forma como los distintos Estados llegan a una anuencia total y absoluta puede ser observada desde diferentes perspectivas.

Para una de ellas el acuerdo se alcanzó a través de la cooperación de los distintos países quienes vislumbraron un futuro mejor con su suscripción; sin embargo otra postura sostiene que aquél dista de ser producto del diálogo y por el contrario afirma que es resultado de la imposición hegemónica.

A lo largo de la presente disertación analizaremos al régimen de propiedad intelectual, bajo estas dos perspectivas, a fin de que bajo una metodología dialéctica, podamos entender el verdadero origen del régimen, para así poder comprender sus implicaciones en el presente y su real alcance en el futuro, dada la extensión y la complejidad del

régimen en sí mismo, además de la importancia que presenta para nuestros estados, en el presente trabajo centraremos el análisis en las patentes farmacéuticas.

En este sentido, las teorías realista y liberal de las relaciones internacionales, presentarán puntos de vista, premisas y lecturas contrapuestas sobre los motivos que forjaron el régimen y sobre su realidad tanto actual, como futura, presentándonos para el efecto evidencia empírica reflejada en acontecimientos históricos, así como en datos y demás información estadística, donde por un lado se sostiene que el reconocimiento de un monopolio legal asegura la investigación y el desarrollo de la industria farmacéutica; y por otro se lo observa como un instrumento hegemónico de carácter economicista que privilegia la propiedad y el enriquecimiento particular, aún por encima del derecho a la salud y a la vida de las personas.

Este debate, nos permitirá tener una percepción global del régimen, lo que nos llevará a entender las lógicas fácticas que lo han marcado y que el régimen en sí mismo, no es bueno ni malo, se trata simplemente de una construcción humana perfectible, que dependiendo de cómo se lo use, puede constituir un factor para viabilizar u obstaculizar el desarrollo de nuestros estados.

CAPITULO I

1. MARCO TEORICO

1.1. Introducción

En el marco de la propiedad intelectual, se ha presentado a lo largo de su historia un arduo debate que puede resumirse en dos posturas, una de ellas propugna el fortalecimiento del régimen, mientras que la otra plantea su limitación. Los países desarrollados han defendido la primera, buscando el robustecimiento de la protección en busca de mayores incentivos para la investigación y desarrollo, con un control más eficaz y eficiente que asegure la plena vigencia de los derechos de propiedad intelectual.

Mientras que la segunda ha sido tradicionalmente defendida por los países en desarrollo quienes han planteado el establecimiento de parámetros más flexibles, de este modo intentan asegurar a bajo costo la transferencia de tecnología, y evitar que sus poblaciones se vean afectadas. Buscando también el reconocimiento al valor de su material biológico y a sus conocimientos tradicionales.

El objeto del presente capítulo es definir las nociones y establecer las bases que sustentan la discusión sobre una visión liberal, de cooperación y ganancias absolutas; y una visión realista, de interés particular, del régimen de propiedad intelectual, particularmente en el área de las patentes farmacéuticas. Bajo estas consideraciones, resultará interesante observar y reflexionar, bajo la lógica dialéctica y a la luz de las teorías realista y liberal al Régimen de Propiedad Intelectual, con el objeto de obtener conclusiones que nos lleven, de modo imparcial y objetivo, a entenderlo.

A fin de cumplir con este objetivo se revisará la historia del régimen y se analizarán, bajo la lectura realista y liberal los factores que intervinieron a fin de determinar las causas y las razones de su creación. Así pues, veremos varios hitos que marcaron el devenir de la propiedad intelectual, entre los cuales destacan principalmente los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), como instrumentos que bajo el cobijo de la Organización Mundial de Comercio (OMC), busca alcanzar una homogenización dura de los

estándares que la sostienen, sin embargo observaremos que aquel acuerdo no es autoejecutivo y necesita plasmarse en normas nacionales o regionales para poder efectivizarse a nivel particular.

Asimismo, revisaremos las definiciones de régimen que nos brindan estas teorías, la importancia de su estudio; y abordaremos el caso del régimen andino de Propiedad Intelectual, describiendo brevemente la normatividad que lo conforma y señalando aquellos puntos que fueron objeto de debate y que han dificultado su homogenización.

Presentaremos también las razones por las cuales dentro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la Propiedad Intelectual se presenta exitosa, pese al fracaso que muestra en el resto de áreas temáticas. El análisis de este régimen no sólo resulta importante, sino también interesante, si consideramos que desde hace dos décadas, la propiedad intelectual viene cada vez con más fuerza, ganando espacio y a ello debemos sumar que bajo la lectura de las teorías de las relaciones internacionales, no existe mayor análisis al respecto.

Por lo anterior, entender el funcionamiento y la lógica de negociación, motivación y aplicación del régimen es una condición indispensable para que nuestros países puedan desarrollarse, ya que si se aplica de forma adecuada e inteligente, como en su momento hicieron los denominados “tigres asiáticos¹”, en donde el régimen se vuelve uno de los pilares sobre los cuales se cimenta la industria nacional.

En este contexto, concluiremos que la propiedad intelectual puede ser leída bajo la óptica liberal o realista y puede constituir tanto una herramienta para alcanzar el desarrollo, como un obstáculo para llegar a él, dependiendo de la perspectiva, los intereses y la forma cómo se lo use y aproveche.

¹ Los tigres asiáticos corresponde a un bloque de países ubicados en el sudeste asiático, entre los cuales podemos mencionare a Corea del Sur, Malasia, Indonesia, Singapur

En los capítulos posteriores presentaremos la evidencia empírica que devela la realidad del régimen actual, a fin de establecer las variables que nos permitan utilizarlo como una herramienta para alcanzar el desarrollo.

1.2. Marco Teórico

1.2.1. La Propiedad Intelectual. Nociones

John Locke en su obra Segundo Ensayo sobre el gobierno civil, señala que el trabajo es la actividad que nos humaniza y es justamente el esfuerzo invertido en él, el que genera el derecho de propiedad sobre las cosas que, en su estado natural no pertenecen a nadie. Podría decirse entonces que el derecho de propiedad humaniza a las personas y en consecuencia les es inherente; las ficciones jurídicas que llamamos estados, no han hecho sino reconocer nuestro sentimiento natural y, por ello, a lo largo de la historia, han configurado una serie de ordenamientos jurídicos en los que se reconoce el derecho a la propiedad; así, por ejemplo el artículo 599 del Código Civil ecuatoriano manda:

“Art. 599.- El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social...” (Código Civil ecuatoriano).

Sin embargo, el avance tecnológico y el desarrollo industrial han hecho que el derecho de propiedad evolucione y alcance nuevas dimensiones. Hoy las personas ejercen el derecho de propiedad tanto sobre los tradicionales bienes materiales, tales como autos, casas, terrenos, animales, libros, etc., así como sobre bienes inmateriales que a pesar de no tener una existencia física o corpórea se manifiestan en nuestra realidad. Esos bienes inmateriales en más de una ocasión tienen un valor económico que supera al de los bienes materiales, y justamente dentro del ámbito de las cosas incorpóreas encajan los denominados derechos de propiedad intelectual, no obstante este tipo de propiedad marca principalmente dos diferencias respecto del tradicional derecho de dominio: “la falta de materialidad en el objeto y la falta de perpetuidad en el derecho.” (Crespo; 2011: p.20).

La propiedad intelectual, entre otras cuestiones, implica el reconocimiento de un derecho de titularidad sobre signos distintivos tales como marcas, nombres y lemas

comerciales, así como también sobre patentes, modelos, diseños industriales y sobre los distintos derechos derivados de la autoría o de la participación en la creación o invención.

Los diferentes países han buscado regularizar el derecho de propiedad sobre los bienes incorporeales expidiendo normativas especiales para ellos. Por ejemplo el código civil ecuatoriano, en sus artículos 600 y 601 dispone que:

“Art. 600.- Sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo” (Código Civil ecuatoriano)

“Art. 601.- Las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores. Esta propiedad se registrará por leyes especiales.” (Código Civil ecuatoriano)

Ahora bien la producción normativa no se limita a la legislación nacional, además de los estados, las organizaciones internacionales como la OMC o la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), los procesos de integración como la CAN han promovido la expedición y la suscripción de una serie de tratados internacionales que, a la postre, han construido un marco jurídico institucional internacional que ha terminado por configurar un régimen mundial y varios regímenes regionales de propiedad intelectual. No obstante, dada la complejidad y amplitud de la materia, en la presente investigación se realizará a través un estudio caso, en torno a las patentes farmacéuticas; para cuyo cometido será necesario empezar por definir la naturaleza del régimen internacional: la patente de invención.

1.2.2. Concepto de Régimen Internacional: un análisis desde las diferentes teorías de las relaciones internacionales

En términos generales podemos decir que los regímenes internacionales son un “Conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones que rige el comportamiento de los Estados en un área de la política internacional.” (Krasner: 1983: 2)

Sin embargo cada una de las teorías de las relaciones internacionales confiere determinadas características al entendimiento, noción y concepto de régimen internacional.

1.2.2.1. Realismo:

Para los realistas, entre ellos, Keohane y Nye, el establecimiento de un régimen implica el establecimiento de un conjunto de normas, reglas, procesos y procedimientos de toma de decisión, que buscan satisfacer los intereses de los Estados hegemónicos, parafraseando a Robert Cox, la teoría es siempre para alguien y para algo (Cox: 1981). Es decir, para este enfoque el establecimiento de un régimen es posible y aquello es lógico, siempre y cuando, su gestación y desarrollo coadyuve al fortalecimiento y al mantenimiento de la posición del o de los Estados hegemónicos. Entonces, para la concepción realista, no existe mucho espacio para la cooperación desinteresada, por el contrario, ella se hace presente siempre y cuando represente algún tipo de beneficio.

Respecto del régimen de Propiedad Intelectual, podemos señalar que sin importar lo que se pueda mencionar sobre los efectos positivos o negativos que los ADPIC generaron en el comercio, es innegable que los Estados Unidos de América (EUA) tuvieron particular interés en su elaboración y suscripción, situación que se refleja en la presión ejercida por las corporaciones transnacionales, que formaban el Comité estadounidense de Propiedad Intelectual, el mismo que impulsaba la expedición de un instrumento de codificación internacional que proteja sus intereses en el área de la propiedad intelectual.

En consecuencia el Comité realizaría un fuerte loby al interior del gobierno americano y este a su vez a los demás gobiernos a adoptar una normativa mundial marco sobre propiedad intelectual-, al respecto Susan Sell nos dice que “Inicialmente, los países en desarrollo se resistieron a la inclusión de temas de Propiedad Intelectual en las negociaciones, pero en Abril de 1989 ellos abandonaron su posición...” (Sell, p.176) y después de haber enfrentado una escalada agresiva de unilateralismo estadounidense, se esperó que la cooperación sobre los ADPIC aliviaría la presión.

Además, "los países opositores estaban dispuestos a apoyar los ADPIC a cambio de concesiones en temas de mayor relevancia en el corto y mediano plazo, tales como la agricultura y la eliminación gradual de los acuerdos multifibra". (Sell, p.176). En este sentido, producto del poder ejercido por los estados hegemónicos y por los grupos de poder, se construye una normativa base que va repercutir en las legislaciones nacionales y regionales, así como en la voluntad y soberanía de los Estados, situación que bajo la perspectiva realista es lo que determinarían la creación del Régimen de Propiedad Intelectual en la CAN.

Es entonces como se suscriben los ADPICs que en la opinión de Jacques Gorlin, consultor del Comité estadounidense de Propiedad Intelectual, cumplen el 95 % de las expectativas, metas y objetivos de los Estados Unidos y de sus transnacionales, al respecto Bercovitz reconoce que el acuerdo ADPIC "integró en un convenio multilateral los aproximadamente cincuenta convenios bilaterales que ya habían sido firmados por Estados Unidos". (Bercovitz, , 1997: p. 17).

Para Susan Sell "los acuerdos ADPIC presentan una fuerte evidencia donde la autoridad privada prevalece y el activismo del sector privado alcanza sus objetivos". (Sell; p. 181). De este modo, no sería el afán de cooperación, ni el sentimiento de solidaridad lo que permitiría el establecimiento del Régimen de Propiedad Intelectual, por el contrario, sería la lógica del elector racional a través de la cual se busca la satisfacción del interés individual, lo que viabilizaría tal cometido.

Así para los realistas esta lógica permite la preservación y desarrollo del régimen, ya que asegura la preservación de beneficios y réditos que coadyuvan al mantenimiento o al mejoramiento de la posición hegemónica de los Estados desarrollados. Entonces genera un tipo de institucionalidad que blindada con un marco jurídico encuentra su origen en el poder y al mismo tiempo legaliza la construcción de un sistema favorable a los intereses de los estados hegemónicos.

Al respecto autores como John Mearsheimer sostendrán que "los realistas también reconocen que los Estados a veces operan por medio de instituciones. Como sea, ellos

creen que estas reglas reflejan los cálculos estatales de interés propio, basado principalmente en la distribución internacional de poder. Los estados poderosos en el sistema crean y mantienen instituciones que les permitan mantener su posición en el poder mundial.”² (Mearsheimer; : p. 13:1994/95).

Para esta perspectiva, los estados poderosos son conscientes de que cuentan con la capacidad de relativizar las normas y regímenes, de acuerdo a sus intereses, dado que “Aunque las reglas son usualmente incorporadas en una organización internacional formal no es la organización *per se* quien compele a los estados a obedecer las reglas.(Mearsheimer; p. 9: 1994/95)

Es posible afirmar que las “instituciones tienen una mínima influencia en la conducta de los Estados...” (Mearsheimer p. 7: 1994/95) ello las lleva a sostener que el orden internacional está determinado por el poder del o de los estados hegemónicos. Es decir, los Estados con tal de satisfacer sus intereses y sus necesidades hacen de las instituciones y de los regímenes lo que ellos quieren que sean.

El realismo entonces, a través de la Teoría de la Estabilidad Hegemónica, encuentra que “para que la economía mundial sea estable, necesita de un estabilizador” (Gilpin; 1987; 89) en consecuencia radica en el interés hegemónico la explicación de la creación y apareamiento de los regímenes. En este sentido, Robert Keohane ha sabido señalar que la tradición del elector racional, ha enfatizado en la Teoría de la Estabilidad Hegemónica, como instrumento para explicar el apareamiento de un régimen, así “la concentración de poder en un Estado dominante facilita el desarrollo de regímenes fuertes, y que el colapso del régimen está asociado con la fragmentación del poder.” (Keohane; p. 19: 1982).

Debido a ello, “los teóricos de la estabilidad hegemónica no creen que los regímenes puedan sostenerse si no hay un líder poderoso que se interese por ellos.” (Andreas Hasenclever, Peter Mayer y VolkerRittberger; 1997; 507), sin embargo admiten que es posible la existencia de un período de “reverberación hegemónica” (Andreas

² Traducción del autor

Hasenclever, Peter Mayer y Volker Rittberger; 1997; 507), dentro del cual, la costumbre, la inercia o la resistencia al cambio, permiten la preservación y el mantenimiento de los regímenes internacionales.

Entonces, salvo este período de excepción el hegemón “usa su influencia para crear regímenes internacionales, definidos simplemente como principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones alrededor de los cuales convergen las expectativas del agente en un área de temas dado” (Gilpin, 89: 1987).

En consecuencia, para los realistas el Régimen de Propiedad Intelectual constituye una serie de normas que fortifican al hegemón, brindándole una poderosa fuerza coactiva, la que logró incluso disputarles a los estados que lo conforman, el monopolio en el uso de la violencia y la capacidad de determinar su propio derecho, acorde a sus propias necesidades, objetivos e intereses.

Así pues, el establecimiento de un régimen como el de Propiedad Intelectual resulta lógico, ya que de algún modo, se configura como la medida “proteccionista” de los Estados que promueven el libre cambio y el libre comercio, por lo tanto, el uso de esta teoría nos permitirá cuestionarnos y analizar al hegemón que dicta, impone, garantiza o promueve el conjunto de normas, reglas y procedimientos que contiene el Régimen de Propiedad Intelectual.

Además, hay que considerar que actualmente los países se encuentran vinculados globalmente; en ese sentido, la única manera de asegurar la seguridad y la paz de los estados hegemónicos se consigue mediante la unión y la colaboración de todos los demás, y la forma de conseguirlo es a través de la conformación de una serie de regímenes, como el de Propiedad Intelectual, que los mantenga vinculados y atados al interés hegemónico, aún cuando aquel no respondan a sus necesidades e intereses particulares.

De este modo, bajo estas perspectivas el poder ocupa un lugar decisivo y particularmente destacado a la hora de explicar la generación y la preservación del

régimen, dado que se convierte en el instrumento que viabiliza la adecuación de la realidad internacional conforme los requerimientos nacionales³, y como “el interés (se refleja) se mide en términos de poder” (Morgenthau, 1978) los estados, que viven en un medio anárquico⁴, emprenderán una lucha constante e interminable por él.

Entonces, la conclusión a la que llega el realismo respecto de los regímenes internacionales, es que ellos son difíciles de crear y de mantener y que además aquello depende del poder y el interés de los estados hegemónicos.

1.2.2.2. Liberalismo

Sin embargo, deberemos contraponer estas ideas con los postulados e hipótesis proporcionados por la teoría liberal, para quien los regímenes internacionales no son fruto o producto del interés del hegemon, sino que parten de una lógica de cooperación que funciona bajo la premisa del ganar – ganar.

La perspectiva liberal sugiere que es necesario “cooperar para converger,... y fomentar el comportamiento cooperativo (la cooperación para la cooperación) entre los Estados, es la función principal de un régimen internacional...” (Dorn; 1998: 60), puesto que las causas que viabilizan su preservación y mantenimiento responden a la expedición de normas y reglas que benefician a todos ya que como bien señalaba Rousseau “El más fuerte nunca lo es bastante para dominar siempre si no muda su fuerza en derecho y la obediencia en obligación.” (Rousseau; 1998; 12).

Entonces al “crear expectativas comunes sobre las conductas que resultan apropiadas y elevar el grado de transparencia en un ámbito determinado de la política, los regímenes internacionales propician que los Estados (y otros actores) cooperen con el fin de obtener ganancias comunes...” (Hasenclever, Mayer y Rittberger; 1997; 507)

Autores como Ruggie señalan que los regímenes internacionales se tratan de “un conjunto de mutuas expectativas, normas y regulaciones, planes, energías organizativas

³ Entonces entre más poder se logre acumular en un país más próxima estará la cristalización de sus metas.

⁴ Entendiendo la anarquía en la acepción realista del término, es decir no como la falta de orden, sino como la ausencia de un poder central.

y compromisos financieros, que han sido aceptados por un grupo de estados” (Keohane; 1988; 80). Krasner por su parte habla de conjuntos de principios explícitos o implícitos, normas, reglas, procedimientos decisionales en torno a los cuales convergen las expectativas de los actores en un área determinada (Keohane; 1988; 80).

En definitiva estas definiciones coinciden en el hecho de que las expectativas mutuas, los compromisos, la forma como se toman las decisiones, entre otros factores son quienes caracterizan a un régimen internacional y aquellos no deben ser impuestos, sino aceptados por el grupo, ya que la voluntad de cooperación es la que le confiere legitimidad y permite su preservación y mantenimiento.

En esta perspectiva:

“La cooperación se produce cuando los actores adaptan sus conductas a las preferencias presentes o anticipadas de otros, por medio de un proceso de coordinación de políticas. Para resumirlo de manera más formal, la cooperación intergubernamental se lleva a cabo cuando las políticas seguidas por un gobierno son consideradas por sus asociados como medio de facilitar la consecución de sus propios objetivos, como resultado de un proceso de coordinación de políticas...La discordia a menudo conduce a esfuerzos destinados a inducir a otros a que cambien sus políticas: cuando estos esfuerzos hallan resistencias, el resultado es el conflicto de políticas. No obstante, si estos intentos de adaptación de políticas logran tornar esas políticas más compatibles, se produce la cooperación...” (Keohane; 1988; 74-75)

Autores como Andreas Hasenclever, Peter Mayer y Volker Rittberger señalan que los regímenes internacionales “constituyen una clase primordial de instituciones internacionales. Los regímenes son órdenes internacionales parciales, creados *ex profeso* y de alcance regional o mundial, cuyo propósito es sustraer ciertas áreas de la política internacional del ámbito de las prácticas unilaterales” (Hasenclever, Mayer y Rittberger; 1997; 507).

En el ámbito de la propiedad intelectual existen una serie de expectativas en común entre las cuales podemos mencionar el combate a la piratería en sus diferentes acepciones y manifestaciones. Así pues, el titular de una marca notoriamente conocida, a través de la propiedad que le confiere un derecho monopólico y de exclusiva, busca evitar que existan en el mercado signos similares o posibles imitaciones que puedan

provocar riesgo de confusión en el público consumidor y que le puedan representar pérdidas por el aprovechamiento injusto de la reputación ajena, producto del error en cuanto al producto o al origen empresarial.

Mientras tanto el titular de una patente busca tener un derecho de producción monopólico, por un espacio de tiempo que sea suficiente como para recuperar la inversión realizada por concepto de investigación, volviéndola económicamente sustentable. Del mismo modo, los autores buscan el reconocimiento moral y patrimonial que deviene de la creación de su obra y aún los académicos menos complacientes con el tema de propiedad intelectual, reconocen la importancia que tiene, en los círculos académicos, el derecho moral derivado de la paternidad de la obra. Situación que se hace evidente en el hecho de que todas las universidades y centros académicos de nivel superior cuentan con manuales y reglamentos, que contienen normas y disposiciones referentes a la forma de citación de un texto, así como las sanciones que se imponen por incurrir en plagio académico.

Entonces, si bien no a todos los actores les agrada integralmente el contexto de lo que representa la propiedad intelectual, es inevitable que ellos defiendan una u otra de sus aristas, que en definitiva conforma parte importante del contexto global y general de lo que es la propiedad intelectual. Lo cual genera la situación propicia para la construcción de normas e instituciones universalmente aceptadas, pues, como acertadamente nos permite ver Douglass North, las instituciones son fundamentales para explicar el desarrollo económico de los países. (North; 1995)

1.2.3. Importancia del estudio de los Regímenes Internacionales. Actualidad del debate

Es menester empezar señalando que el estudio y análisis académico sobre los diferentes regímenes internacionales empezó en la década de los setenta, y para los ochenta llegó a su cúspide y si bien la intensidad del debate y la polémica que suscitó en determinadas áreas hoy en día ha disminuido, ello no quiere decir que no se deba seguir investigando y analizando la realidad de los regímenes existentes, sobretodo uno tan importante como el de Propiedad Intelectual.

Al respecto, acertadamente Andreas Hasenclever, Peter Mayer y Volker Rittberger argumentan que “el hecho de que el concepto de régimen no sea ya objeto de acaloradas controversias académicas debe interpretarse como un indicio de que el estudio de los regímenes internacionales ha madurado y se ha convertido en un campo, firmemente asentado, de las relaciones internacionales.” (Hasenclever, Mayer, Rittberger; 1997; 501).

De este modo, la madurez en la discusión sólo implica un uso más consensuado de los instrumentos que nos van a permitir estudiar los diferentes regímenes, aún cuando no exista interés o que resulte infructuoso el hacerlo. Así pues, las teorías existentes nos brindan una multiplicidad de enfoques y perspectivas que a su vez presentan distintas formas de comprender y entender a los regímenes internacionales, entre ellos a la Propiedad Intelectual.

1.2.4. La Patente de Invención

El término patente de invención, identifica al derecho monopólico o de exclusiva conferido por el estado al titular de una invención, cuando ella cumpla con los requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial. La OMPI define a la Patente como:

"un documento otorgado por una oficina de Gobierno (comúnmente la oficina de patentes) después de presentarse una solicitud. Dicho documento describe un invención y crea una situación jurídica mediante la cual la invención sólo puede ser explotada con autorización del dueño de la patente." (DL101s; 2007) Entonces "Una patente protege una invención y otorga al dueño el derecho exclusivo de usar su invención por un periodo limitado de tiempo" (DL101s; 2007; 3)

Esta figura jurídica se adoptó inicialmente con el objeto de que la población en general pueda gozar de los frutos de la invención. Para ello se buscó asegurar su divulgación, a cambio de una recompensa. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos expresó “es indudablemente cierto que el monopolio limitado y temporario concedido a los inventores nunca se ideó para la exclusiva utilidad o beneficio de estos últimos; el beneficio de la población o comunidad en su totalidad fue otro objetivo y sin

dudas el fundamental para que este monopolio se conceda y garantice...”, (Dhar y Rao; 1997; 140).

Pero como ya se mencionó el invento debe cumplir con los requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial, el primero significa que no debe existir un antecedente previo dentro del estado de la técnica, entendiéndose a aquel como todo conocimiento que haya sido accesible al público a través de cualquier medio.

En este sentido la doctrina, ha sabido recoger dos posturas, la primera denominada de novedad absoluta, sostiene que para que un invento sea nuevo no puede haber sido concedido ni dentro del territorio en el que la patente se solicita, ni en ningún otro país, mientras la llamada teoría de novedad relativa restringe esta característica al territorio donde fue solicitada. En el régimen de propiedad intelectual a través de los ADPICs y otras normas nacionales e internacionales se impuso la teoría de la novedad absoluta.

El requisito de nivel inventivo resulta sinónimo de no evidente y significa que la invención no debe derivarse de forma evidente de conocimientos anteriores que resulten obvios para un experto en la materia, finalmente la aplicación industrial se refiere a la utilización práctica de la invención en la industria y/o el comercio.

El adecuado entendimiento de estos tres requisitos es fundamental, pues sobre ellos se construye todo el sistema de patentes, es por ello que resulta extremadamente importante universalizar su concepción, pues conforme al entendimiento de estos conceptos se puede dar un alcance y sentido diferente al régimen de propiedad intelectual.

Además debe establecerse una diferenciación clara entre patente y descubrimiento. Un descubrimiento conlleva a la aplicación del método deductivo, a través de la observancia y especulación que nos permite llegar a una conclusión, en el descubrimiento no actúa el espíritu inventivo, sino el especulativo y las facultades de observación.

En una invención se aplica el método inductivo, es decir, se parte de las observaciones de los resultados de la aplicación de un conocimiento constante en el estado de la técnica, entonces en la invención nos adentramos en el dominio de la realización y el intelecto práctico. En este sentido los inventos son patentables, mientras que los descubrimientos pueden protegerse en cuanto su expresión a través del derecho de autor.

Una vez que hemos clarificado el concepto de patente de invención es necesario empezar el análisis del régimen de propiedad intelectual y para ello resulta necesario iniciar con el estudio de la historia del régimen.

1.2.5. Breve reseña histórica sobre el régimen de Propiedad Intelectual

La armonización de las normas de propiedad intelectual no fue algo que se alcanzó de una sola vez, por el contrario es el producto de una internacionalización gradual con más de 120 años de historia, en lo que se refiere a la Propiedad Industrial. Concretamente a las patentes, tenemos una serie de tratados que han regulado el tema, así cronológicamente tenemos: el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial (1883), cuya última revisión data de 1963; el Tratado de cooperación en materia de patentes (1970), modificado en 2001; y los ADPIC (2000); y el Tratado sobre el derecho de Patentes (2000).

Como señala Roffe “Dos grandes períodos caracterizan esta historia. El primero, que podríamos identificar como de armonización ‘suave’ o ‘moderada’, de los estándares de protección, y el segundo, como de una armonización ‘dura’ o ‘profunda’” (Roffe; 2005: 71).

1.2.5.1. Período de armonización suave o moderada

Se califica a este período de internacionalización de “armonización suave”, ya que durante él, se reconocía la soberanía de cada país al permitir que ellos sean quienes definan “... el ámbito de los derechos implícitos en la concesión de una patente y la duración de los mismos” (Roffe: 2005: 72). Además, se les permite a los estados determinar las áreas tecnológicas a proteger.

Para Pedro Roffe, el período de armonización suave corresponde a las convenciones clásicas de propiedad intelectual, suscritas en el siglo XIX, tales como, la Convención de París, de Propiedad Industrial de 1883 y la Convención de Berna, de Derecho de autor, de 1886.

La Convención de París surge como iniciativa de los EUA durante el cenit de la revolución industrial. En ese período se suscita la gran controversia entre los conceptos antagónicos del libre comercio y el derecho de exclusiva generado por las patentes, los registros de signos distintivos y el derecho de autor. Este impase fue superado mediante el reconocimiento de la obligación de explotación local, que con el tiempo evoluciona al concepto de licencia obligatoria, instrumento establecido por primera vez en 1925 en la Convención de la Haya.

Es decir, que este instrumento internacional se sustenta en la territorialidad de los títulos de propiedad intelectual y en el principio de prioridad en el registro, que tiene por objeto promocionar la internacionalización del régimen, a través del reconocimiento de una patente registrada en un país por otro.

1.2.5.2. Período de Armonización dura o profunda

Podemos decir que este período empieza con la llegada de la Ronda de Tokio, en donde los países desarrollados promovieron el establecimiento de ciertas disciplinas para regular el comercio, entre ellas los EUA, apoyado por la Unidad Europea (UE) plantearon la generación de una normativa sobre Propiedad Intelectual, bajo el pretexto que se trataba de un instrumento adecuado para controlar lo referente a mercancías falsificadas. Esta decisión propició el Acuerdo de los ADPICs, el cual constituye el hito que marco el paso de la armonización moderada a la armonización profunda, pues aquel instrumento no es meramente referencial, de hecho limita la soberanía de los estados en la materia y establece la base sobre la que se debe construir su normativa.

Al respecto Esteban Donoso Crespo explica que “El acuerdo ADPIC representa el instrumento que logró homologar en todo el planeta la normativa de propiedad intelectual de manera general y de la protección de las invenciones consecuentemente...

constituye un evento mayor en la historia del derecho de la propiedad intelectual...”
(Donoso: 2011: 27)

Demartel por su parte lo califica como “El más amplio y más ambicioso intento de armonizar los derechos de propiedad intelectual a nivel mundial.” (Demartel: 1994: 176), los ADPIC suscritos en 1994, “comprende un conjunto de normas –derechos y obligaciones- multilaterales que regulan tanto la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento, ejercicio y observancia de los derechos de propiedad intelectual” (Gómez: 1995: 95)

“Su texto deriva esencialmente del denominado “Documento Dunkel” por haber sido el ex director del GATT su inspirador” (Casado y Cerro: 1994: 69) y aquel no es sino el anexo 1C del Acta Final en la que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales celebrada entre las partes contratantes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

Así pues, los ADPIC forman parte integrante de otro Acuerdo mediante el cual se estableció la OMC, organización a través de la que se gestó un nuevo sistema internacional de comercio que tiene por objetivo reducir las distorsiones y los obstáculos al comercio internacional, buscando por tanto asegurar un justo y adecuado equilibrio entre los intereses de los países desarrollados y en desarrollo, que entre otras cuestiones convergen en una materia que resulta estratégica tanto para asegurar, como para obstaculizar el desarrollo de los estados, la propiedad intelectual.(Bergel: 1997: 51-53).

Los ADPIC presentan una serie de innovaciones y cambios fundamentales respecto de la Convención de París, tales como el reconocimiento de los principios del trato nacional y el de la nación más favorecida; el establecimiento de una base legal mínima y la integración de la Propiedad Intelectual al sistema internacional de comercio.

Sus defensores⁵ señalan además, que el régimen elaborado a través de los ADPIC, ha jugado un papel destacado en la relación propiedad intelectual - salud pública⁶, estableciendo una serie de normas y disposiciones al respecto, tales como las licencias obligatorias, las patentes farmacéuticas, las patentes de segundo uso, entre otros.

También hacen mención al papel importante que han cumplido en temas relacionados con el conocimiento tradicional, indicaciones geográficas y protección de plantas y materias vivas, además de la ampliación de las materias que pueden ser protegidas y la extensión de los derechos existentes.

Constituyen por tanto, lo que la doctrina califica como convenios de mínimos que buscan la universalización de los estándares que fungen como base de protección, no obstante dada la dificultad de llegar a concesos esta característica los vuelve el mecanismo idóneo para alcanzar un régimen universal de propiedad intelectual.

Sin embargo, presentan el inconveniente de que no son autoejecutorios, simplemente regulan los estándares mínimos de protección que deberán observar los países signatarios en sus respectivas legislaciones internas. (Bergel: 1997: 54) Por ello sus defensores han sabido señalar que es necesario velar por el desarrollo de normas nacionales que garanticen la plena vigencia de los derechos de propiedad intelectual y han contemplado la adopción de retaliaciones comerciales contra los estados en caso de incumplimiento.

Para muchos los ADPIC, representan la finalización de la internacionalización de los estándares sobre propiedad intelectual, sin embargo las potencias industriales y organizaciones internacionales como la Organización de Naciones Unidas (ONU), la OMC, la Organización Mundial de la Salud (OMS), entre otras, promocionan una mejor protección de los Derechos de Propiedad Intelectual, a través de las normativas coloquialmente conocidas como ADPIC PLUS, que son una serie de disposiciones que

⁵ Para efectos de esta investigación se entiende como defensores a aquellos que en términos generales ven positiva y adecuada la construcción del régimen, entre los que se encuentran la OMPI, la OMC y aquellos cuya opinión mayoritariamente es favorable al mismo, tales como Cabanellas, Jacques Gorlin, Dunkel, entre otros.

⁶ La Declaración Ministerial de DOHA de noviembre de 2001 fue la culminación de este proceso.

elevan la base y los estándares mínimos de protección establecidos en los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC; para el efecto, utilizan negociaciones bilaterales, multilaterales, Tratados de Libre Comercio, entre otros instrumentos de negociación internacional.

Sus detractores⁷ en cambio sostienen que los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC “están basados en una concepción de los derechos de propiedad intelectual que privilegian la propiedad de la creación por encima de su difusión.” (Sell: p. 176, cita traducida por el autor), ellos sostienen también que a través del ADPIC se pretende establecer un régimen universal uniforme, a fin de viabilizar la imposición de criterios, que en más de una ocasión son cuestionados por los países subdesarrollados. (Bergel: 1997: 57).

La Comisión Independiente sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo⁸, Ha Joon Chang en su obra “patada a la escalera”, entre otros, sostienen que los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC, han limitado la capacidad de los países en desarrollo para adoptar una serie de medidas y políticas -que podrían considerarse de naturaleza proteccionista- que “coincidentalmente”, fueron antaño aplicadas por los países industrializados para potenciar su desarrollo.

En el informe final de la Comisión Independiente sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo de septiembre de 2002, se presentaron una serie de duras críticas que señalan que los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC generan una serie de consecuencias que no se previeron o que no se quisieron prever, referentes al hecho de que los países en desarrollo que los adoptan, no pueden emplear ciertas medidas que usaron los países industrializados para potenciar su crecimiento, puesto que se trata de establecer un único modelo aplicable a todos los países, sin importar su nivel de desarrollo.

⁷ Para efectos de este trabajo investigativo se entiende por detractores a quienes mayoritariamente tienen una postura crítica para con el régimen, tales como Susan Sell, Vandana Shiva, entre otros.

⁸ Para más información se puede revisar el informe final de septiembre de 2002 de la Comisión Independiente sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo

No obstante, independientemente de la posición adoptada, es innegable el hecho de que desde la entrada en vigencia de los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC, se ha viabilizado un cambio profundo en la materia.

Por ejemplo los Estados Unidos señalaban que fruto de una inadecuada protección de sus derechos de propiedad intelectual, hasta antes de la existencia del ADPIC, ellos perdían al año entre 40.000 y 50.000 millones de dólares en sus transacciones comerciales. (Casado y Cerro: 1997: 75)

De este modo, han conseguido armonizar los sistemas regulatorios internacionales vigentes en la materia, homogeneizando las legislaciones nacionales existentes sobre Propiedad Intelectual, ya sea a través del ejercicio del poder plasmado en la presión ejercida por los estados hegemónicos, la que a su vez, se traduciría en la expedición de normas y en la generación de instituciones y regímenes que buscan satisfacer los intereses de los países desarrollados, o a través de la construcción consensuada de normas, instituciones y regímenes que bajo la lógica de la cooperación y de las ganancias relativas, buscan beneficiar a todos los actores partícipes del régimen.

Sea por la razón que fuere el hecho empírico es que los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC, con o sin imposición, unificaron los estándares de protección de la propiedad intelectual y fueron una pieza clave y un factor determinante a la hora de crear el Régimen de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina CAN.

A su vez, como revisaremos más adelante, las normas regionales permean la normatividad interna de casi todos los países andinos, que empiezan a expedir leyes nacionales que guardan armonía con los regímenes regionales que a su vez responden a los ADPIC y a los postulados del régimen internacional, y por ende, no hacen sino fortificarlo y consolidarlo.

1.3. El Régimen Andino de Propiedad Intelectual

1.3.1. Introducción

A nivel de la Comunidad Andina, la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobada el 31 de diciembre de 1970, constituyó la primera norma andina que estableció un régimen común sobre el tratamiento de los capitales extranjeros, y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

La mencionada normativa, dispuso la adopción de un reglamento para la aplicación de las normas de propiedad industrial; de esta manera, el 5 de junio de 1974 se expide la Decisión 85⁹ “Reglamento para la Aplicación de las Normas de Propiedad Industrial”, mediante la cual se impidió el patentamiento de diversos sectores de la técnica, por considerarlo poco conveniente para el desarrollo; además, se establecieron una serie de requisitos para mantener la titularidad de los derechos de propiedad industrial y se restringió la protección de las marcas notorias internacionales que no se encuentren inscritas y debidamente legalizadas en los países andinos.

El establecimiento de estos parámetros en la normativa andina no debería sorprendernos de modo alguno, si consideramos que, para la fecha, la región andina promovía el establecimiento de una estrategia de desarrollo de tipo proteccionista, manifestada en el modelo de industrialización por sustitución de importaciones.

Bajo este esquema, lo que se buscaba era favorecer e impulsar la actividad industrial; y así durante este período, los países andinos transfirieron una serie de recursos al sector industrial y también buscaron desarrollar un marco jurídico adecuado que les permitiría reforzar la industrialización nacional.

En este contexto, la generación de un régimen de propiedad intelectual flexible y débil resulta indispensable, puesto que un régimen de dichas características permitiría la apropiación de conocimiento, sin reconocer pago alguno, y contribuía con el posicionamiento de marcas y demás signos distintivos nacionales, al limitar la

⁹ Es importante señalar que la Decisión 85 rigió formalmente en Colombia, Ecuador y Perú, en Bolivia se aplicó por un período muy corto de tiempo y en Venezuela nunca se puso en vigencia, manteniendo de este modo la plena vigencia de su Ley Nacional de Propiedad Industrial de 1955.

protección y los derechos de los titulares de signos extranjeros, cuestiones estas que coadyuvaban al desarrollo y el crecimiento de la industria nacional.

Sin embargo con el paso del tiempo, las economías de los países andinos son víctimas de la denominada enfermedad holandesa y empiezan a sentir el peso de la ingente deuda externa que habían contraído, estas circunstancias limitan los recursos estatales que las autoridades pueden destinar al sector industrial. Producto de los subsidios y subvenciones estatales, el sector industrial se había preocupado muy poco en promover una efectiva capacidad de competencia a nivel internacional; ello hizo que la estrategia proteccionista del modelo de industrialización por sustitución de importaciones, se vuelva insostenible.

Esto, sumado al cambio de perspectiva y de paradigma que, sobre el tema de Propiedad Intelectual, empezaba a llevar el gobierno americano, fruto de la presión ejercida por el Comité Estadounidense de Propiedad Intelectual y de la necesidad que tenían los países andinos de alcanzar una serie de acuerdos y concesiones en temas agrícolas, arrastraron gradualmente a la liberalización de la economía de estos países, lo que volvió indispensable la reforma del marco legal tanto nacional como andino en las cuestiones atinentes a los temas de Propiedad Intelectual.

En este sentido se produce un cambio en el tratamiento de la Propiedad Intelectual a nivel regional; así es como la Decisión 24 es sustituida por las decisiones 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 12 de diciembre de 1991, la cual fue efímera y tuvo poca divulgación entre los países miembros. (Pico en eumed.net, 2012)

Le siguió la Decisión 313 del 14 de febrero de 1992, que es la primera norma subregional andina que se aplica en materia de Propiedad Industrial en Venezuela, situación que constituye uno de los primeros síntomas que permite empezar a hablar de la creación de un Régimen Andino de Propiedad Intelectual. (Pico en eumed.net, 2012)

Posteriormente, la Decisión 313 del 14 de febrero de 1992, es sustituida por la Decisión 344 de 21 de octubre de 1993, primera normativa que, en materia de

propiedad intelectual, se aplica de manera uniforme en los países andinos, situación esta que ya nos permite hablar de la consolidación del régimen andino de propiedad intelectual. Finalmente aparece la Decisión 486 del 14 de septiembre de 2000, la cual se encuentra vigente en los países andinos desde el 1 de diciembre de 2000. (Pico en eumed.net, 2012)

Como veremos más adelante, el cambio de paradigma y de concepción sobre la construcción que se debe generar en base de la Propiedad Intelectual, se pone de manifiesto a partir de la decisión 344, en la que se empieza a priorizar la propiedad por encima de la divulgación, y bajo esta lógica se incrementan los niveles de protección de los derechos de propiedad intelectual, producto de la nueva realidad económica de la CAN y del nuevo modelo de desarrollo que conlleva la consolidación del libre mercado en la región.

Así, dentro de un progresivo proceso de apertura económica andina, se adopta la Decisión 486, producto del cambio económico político que se vive a nivel mundial, gracias a la suscripción del Acuerdo de Marrakech, instrumento mediante el cual se crea en 1994 la OMC, y de la suscripción de acuerdos comerciales bilaterales.

En este escenario se promueve la transformación de las estructuras de producción a fin de afianzar el mercado y el intercambio internacional; también se intensifica la competitividad; situación que llevó a los países andinos a emprender un proceso de integración que viabilice la consolidación del mercado común andino, que permita incrementar la inversión, para de este modo, alcanzar niveles adecuados de competitividad respecto del resto del mundo y asegurar el crecimiento de las actividades y la producción de bienes no industrializados, a fin de incentivar y fortalecer la exportación de productos no tradicionales.

Entonces, el régimen andino de propiedad intelectual recogerá los niveles de protección que preveía el régimen mundial de propiedad intelectual, a través de los acuerdos multilaterales adoptados, principalmente aquellos administrados por la Organización

Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), así como también los ADPIC, todo ello permite la consolidación del régimen global en el contexto andino.

Pero la CAN ha debido recorrer mucho camino para llegar a este punto, así en 1969, se constituye el entonces denominado Pacto Andino cuyo objetivo fundamental era crear un mercado común; sin embargo, como lo señala Luis Enrique Farías Mata, los países miembros pretendieron alcanzarlo “contando sólo con un sistema jurisdiccional embrionario, típico del Derecho Internacional Público, concretado por el artículo 23 del Acuerdo de Cartagena en los términos de confiar a la Comisión –órgano político del Acuerdo frente a la entonces Junta, órgano técnico- la solución de controversias que pudieran suscitarse dentro de ese proceso de integración, valiéndose precariamente de la negociación, los buenos oficios, la mediación y la conciliación.” (Farías; 2001: p. 64) debido a ello, los países que lo conformaban¹⁰ decidieron no separarse de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio ALALC¹¹. (Farías; 2001: p. 64)

No obstante, al poco tiempo se generaron una serie de cambios ya que los Estados miembros se dieron cuenta que para generar un mercado común, era necesario contar con normas fuertes y vigorosas, y que, además, era inadecuado otorgarle facultades jurisdiccionales a un órgano político por lo que se pensó en la creación de un tribunal de justicia. De este modo, surge el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano a quien se le confirió el monopolio de la justicia comunitaria.

Entonces “El Tratado regula la parte administrativa y funcional del Órgano de Justicia Comunitario...” (Farías; 2001: p.65). El tratado también se refiere a la “Aplicabilidad de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, a saber... Aplicabilidad directa conforme la cual esas normas comunitarias ingresan al ordenamiento jurídico de los Países Miembros sin que, por regla, tengan necesidad de pasar por instancias intermedias... Primacía, con arreglo a la cual esas mismas especies

¹⁰Bolivia, Chile, Colombia, Perú y Ecuador, luego se incorporaría también Venezuela.

¹¹ Hoy denominada ALADI

jurídicas comunitarias pasan a formar parte del ordenamiento jurídico nacional de los países creadores del Pacto Andino...” (Farías; 2001: 65)

Es decir que los Estados soberanos, a través de la adopción de las distintas normativas comunitarias, buscan satisfacer los intereses de los ciudadanos que los conforman, para ello les asignan derechos y obligaciones, los que pueden ser exigidos en el Tribunal de Justicia Comunitario quien resuelve cada uno de los conflictos en base a la normativa regional, y gracias a esta y a otras circunstancias, se impone y permea la normativa nacional de los Estados miembros.

De este modo, el sistema generado a través de las distintas Decisiones del Acuerdo de Cartagena se completa a través del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, ya que aquel establece una serie de recursos, acciones y procedimientos tendientes a viabilizar la ejecución de la normativa comunitaria.

1.3.2. Breve reseña histórica

Susan K. Sell menciona que en marzo de 1986, 12 corporaciones transnacionales organizaron el Comité Estadounidense de Propiedad Intelectual, a fin de presionar al gobierno, para que este, a su vez ejerza presión en el contexto internacional con el objeto de suscribir un acuerdo multilateral que establezca una base normativa en el área de la Propiedad Intelectual (Sell; p. 175, cita de traducción del autor).

Por demás está decir que este grupo presionó para que se genere una estructura, una normativa y unas instituciones internacionales que se sustenten en “...una concepción de los derechos de propiedad intelectual que privilegia la propiedad de la creación por encima de su difusión.” (Sell; p. 176, cita de traducción del autor)

“Como es sabido, en 1969 los cinco países firmantes del Acuerdo de Cartagena pusieron en marcha el Proceso de Integración Subregional Andino con el fin de promover el crecimiento económico, regular la inversión extranjera y armonizar su normativa interna. Entre la normativa a armonizar, el artículo 27 del Acuerdo incluyó

expresamente un régimen común sobre “marcas, patentes, licencias y regalías”. (Otero Lastres, p.85; 2011)

En cumplimiento de esta política de creación de un régimen común sobre Propiedad Industrial, la Comisión del Pacto Andino ha venido dictando desde 1970 hasta hoy diversas Decisiones de las que interesa mencionar, sobre todo, la vigente Decisión 486 y 351. (Otero Lastres, p.85; 2011)

De este modo, si bien a partir de 1960 y 1970 la legislación sobre propiedad intelectual ha sufrido profundos cambios, con la llegada del ADPIC, dichas reformas se aceleraron y profundizaron, ello propició reformas de la legislación nacional en materia de propiedad intelectual en varias latitudes, entre ellas la Comunidad Andina, estos cambios “fueron introducidos en el marco de acuerdos de integración económica.” (Correa, p. 102, 1997)

Un elemento característico del proceso de reforma fue su rapidez y la influencia directa que los países industrializados ejercieron para iniciar y definir las nuevas normas sobre los derechos de propiedad intelectual adoptados en la región (Correa, p. 96, 1997), se produce entonces un giro hacia un sistema principalmente interesado en el incentivo de los inversores más que en el de los inventores, y en la comercialización a escala internacional. (Correa, p. 98, 1997)

Las reformas han apuntado en forma consistente a la expansión y fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual, al ampliar la protección patentaría hacia nuevos campos, como el de los productos farmacéuticos, así como también a la reformulación de normas de naturaleza sustantiva y adjetiva que buscan mejorar la disponibilidad y observancia de los derechos de propiedad intelectual. (Correa, p. 102, 1997). En lo que respecta al Derecho de patentes, en muchos países, significó una revisión completa de sus leyes, puesto que varios estados no reconocían la protección por patentes de los productos farmacéuticos, y justamente en eso se sustentó la United States International Trade Commission, para señalar que la farmacéutica era una de las industrias con mayores pérdidas por insuficiencias en materia de propiedad intelectual (USITC, 1988, ps. 4-9). En el caso del Grupo Andino, la protección llegó a otorgarse mediante la Decisión 344, sin embargo en la legislación andina se utilizó al máximo las flexibilidades conferidas por el ADPIC, entre ellas las importaciones paralelas, en base del reconocimiento explícito de la libertad de los países miembros para establecer el

principio de “agotamiento de derechos”, así como la figura de las licencias obligatorias, en lo que respecta a la determinación de las causas por las cuales ellas se pueden otorgar. (Correa, p. 111, 1997)

Pero la situación no culmina ahí, los Estados Unidos a través de una lógica de negociación bilateral, en instrumentos como los Tratados de Libre Comercio, está buscando obtener ventajas adicionales en el marco de la propiedad intelectual, así por ejemplo la firma del TLC entre EEUU y el Perú trajo consigo la obtención de un plazo adicional de protección en el caso de demoras injustificadas en la concesión de patentes y ello llevo al Perú a plantear la reforma de la Decisión 486, con el fin de permitir a los miembros establecer disposiciones en este sentido, las cuales se materializaron en la Decisión 689 de 13 de agosto de 2008.

Situación inversa se vivió cuando Canadá tuvo la infructosa intención de reducir los plazos de protección del sistema de patentes cuando la protección de la invención se hubiese producido en el corto plazo, sin embargo un panel de la OMC declaró esta iniciativa legislativa canadiense contraria al artículo 33 del ADPIC. En consecuencia ello nos lleva a cuestionarnos sobre la utilidad que tiene el contar con una oficina eficiente, pues ella en definitiva actúa en desmedro de sus pobladores.

1.3.3. Normas sobre Propiedad Intelectual en los países andinos

Actualmente en la Comunidad Andina, el régimen de propiedad intelectual está regulado a través de una serie de Decisiones (Otero Lastres, p.105; 2011), estas son normas de carácter supranacional y legal que generan derechos y obligaciones y conforme a los principios del Acuerdo de Cartagena son vinculantes y de aplicación inmediata, pues desde su publicación pasan directamente a formar parte de los ordenamientos jurídicos de cada uno de los países miembros logrando de este modo unificar los ordenamientos internos de cada Estado miembro.

Por lo tanto en cada una de ellas existe una cesión de soberanía, puesto que los estados miembros aún en base a su soberanía, no pueden expedir normas que las contraríen, situación que les dificulta, e incluso bloquea la posibilidad de establecer ciertas políticas

de desarrollo sobretodo de tipo proteccionista, lo que dependiendo del enfoque que se tenga, liberal o realista, se origina en la cooperación desinteresada o en el interés.

Las decisiones que regulan actualmente la materia son la decisión 351: Régimen común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales; la Decisión 351: Régimen común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos; la Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial; la Decisión 291 Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. (Otero Lastres, p.106; 2011) De este modo queda claro que la normativa andina sobre propiedad intelectual se ha ido gestionando a través de la Comunidad Andina, mediante sus decisiones comunitarias y ellas han adoptado, incluso en ciertos casos de forma literal, las disposiciones del ADPIC.

Esta situación ha llevado a los países miembros a revisar y ajustar su legislación nacional, así en el caso del Ecuador, a través del el registro oficial No. 320 de 19 de mayo de 1998, se expidió la Ley de Propiedad Intelectual¹², norma que alcanzará su plena vigencia y auge durante el período presidencial de Jamil Mahuad, pues durante su gobierno y mediante decreto ejecutivo No. 508, recogido en el registro oficial No. 120 de 1 de febrero de 1999, se expidió el reglamento a dicha ley, viabilizando así su plena ejecución y vigencia. En la expedición y redacción de la ley y el reglamento, participaron juristas especializados en la materia, con el objeto de asegurar que guarde la calidad y armonía necesarias, sin embargo intereses provenientes de poderosos grupos de poder económico, nacionales e internacionales presionaron, a fin de que se adopte una normativa que recoja los postulados del entonces borrador del ADPIC, a fin de que satisfaga los interés de ciertos sectores.

En el caso colombiano para diciembre del 2001, fecha en la que se expidió el nuevo marco legal que regula la Propiedad Industrial, el titular del ejecutivo era Andrés Pastrana Arango (1998-2002), quien participó en las elecciones por el partido conservador. Autores como el Dr. Carlos Romero, señalan que su política buscó seguir los lineamientos que tradicionalmente había seguido Colombia a lo largo de su historia,

¹² También conocida como Ley No. 83.

esto es fomentar las políticas y prácticas de corte liberal y seguir la doctrina del “réspecte norum”, que implica esta idea de mirar siempre al norte y de tomar acciones y políticas favorables y bien vistas por los EE.UU. (Apuntes de clase; Carlos Romero, 2010, FLACSO)

En este contexto se expidió en el Diario Oficial No. 44.661 de 29 de diciembre de 2001 la Ley 719 de 2001¹³, la normatividad relativa al derecho de autor, así como las reformas realizadas a la Ley 48 de 1975¹⁴, a la Ley 33 de 1987¹⁵, además, también se expidieron las leyes 545 de 1999¹⁶, 565 de 2000¹⁷ y la Ley 178 de 1994¹⁸ todas ellas atinentes y relacionadas con los temas de propiedad intelectual.

Perú por su parte a través de Decreto Legislativo No. 823 de 23 de abril de 1996 (publicado el 24 de abril de 1996) promulgó su Ley de Propiedad Industrial; en lo concerniente a temas de Derecho de Autor tenemos el Decreto Legislativo No. 822 también de 23 de abril de 1996 (publicada el 24 de abril de 1996). Es importante señalar que durante la expedición de estas leyes el Presidente de Perú era Alberto Fujimori, mandatario que durante su presidencia promovió el libre mercado entre otras prácticas de corte neoliberal y mantuvo una posición amigable con los EEUU.

Bolivia por su parte, cuenta con la Ley de Derechos de Autor No. 1322 de 13 de abril de 1992, la que si bien se dictó antes de la suscripción de los ADPIC, resultó ser genérica y en virtud de ello el 7 de diciembre de 2004 entro en vigencia su reglamento¹⁹, cuerpo normativo que guarda plena armonía con la Decisión 486 de la Comunidad Andina y que por lo tanto desarrolla las ideas, conceptos y nociones plasmados en los ADPIC.

¹³ A través de la cual se modificaron las Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993

¹⁴ Que se refiere a la adhesión a la Convención Universal sobre Derechos de autor, sus protocolos I y II y a la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.

¹⁵ Que se refiere a la adhesión al Convenio de Berna “Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

¹⁶ Referente a la adhesión al Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor.

¹⁷ Referente a la adopción del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor.

¹⁸ Es la adhesión al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

¹⁹ Reglamento a la Ley de Derechos de autor D.S. 23907 de 7 de diciembre de 1994.

Durante la época de expedición de esta ley, la presidencia boliviana estaba a cargo de Jaime Paz Zamora, militante del Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (MIR). Este período se caracterizó por mantener una política conservadoramente favorable a las prácticas neoliberales y de libre mercado, del mismo modo procuraron mantener relaciones favorables con los EEUU.

Aprovechamos este espacio para citar el caso de Venezuela, quien si bien ya no es parte de la Comunidad Andina, el 22 de abril de 2006 ordenó que cese la aplicación de la Decisión 486 del Régimen Común sobre Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales y dispuso que de forma inmediata se aplique de forma íntegra su ley nacional, que en su artículo 15 prohíbe el patentamiento de los productos farmacéuticos de todo tipo o especie, así como de las preparaciones farmacéuticas medicinales.

Esta es una pequeña reseña histórica de las circunstancias que se vivieron al momento de la expedición de las normas que componen el marco jurídico del régimen andino de propiedad intelectual, a continuación revisaremos las particularidades y las cuestiones de difícil homologación que se presentaron.

1.3.4. Tiempo de duración de las patentes y su repercusión en los Países de la CAN

Históricamente no ha habido consenso en cuanto a la duración de los derechos de patentes y por tanto aquello también estuvo sujeto a revisión, los países en vías de desarrollo conferían períodos de protección menores que los países desarrollados, esto cambió sustancialmente con la suscripción de los ADPICs, ya que los países latinoamericanos tuvieron que reformar sus leyes sobre patentes para adoptar el estándar mínimo establecido en el ADPIC, 20 años.

Este período de tiempo ha sido objeto de serias críticas una de ellas destaca que ninguna tecnología patentada puede durar tanto tiempo, en este sentido autores como Jewkes, Sawers y Stillerman destacan que el sistema es antieconómico, ya que se confiere un tiempo de protección que no considera que más de los nueve décimos de las patentes no permanecen activas durante todo este período. (Jewkes, Sawers y Stillerman; p. 251), situación que claramente desvirtúa la esencia de la patente asegurando un monopolio en

el mercado internacional en lugar de propiciar la difusión del conocimiento y la transferencia de tecnología.

Así por ejemplo “...durante casi cuarto de siglo... James Watt pudo impedir que otros ingenieros construyeran nuevos tipos de máquina de vapor, incluso bajo su licencia...” (Ashton en Cole, 2002) “Por lo menos un historiador argumenta que la Revolución Industrial realmente arrancó en 1785, el año en que caducó la patente de Watt” (Rougier en Cole, 2002)

Entonces en este sentido debemos destacar que ya hace tiempo que los economistas rechazaron la idea de que la mejor política en propiedad intelectual es extender al máximo la protección y comprendieron que en este campo debe evitarse tanto el defecto como el exceso de protección. (Rey; 2006, p.430)

Otra crítica señala que se estableció el período patentario con el objeto de que el aprovechamiento monopólico sobre el invento durante los 20 años de vigencia de la patente, compense los costos de investigación y desarrollo en que incurrió, al respecto Rey explica que el objeto es “...vender a un precio por encima del costo marginal de producción sin afrontar la competencia de empresas que copien su invento.” (Rey; 2006, p.431) Sin embargo la solución no necesariamente es óptima pues nada asegura que las ganancias sean insuficientes o, al contrario, que sean exageradas.

De este modo, para pensadores como Rey lo óptimo sería que el incentivo sea proporcional con el costo del proyecto de investigación y desarrollo, lo cual quiere decir que debe considerarse cada patente e innovación particular, por lo tanto la patente debe reflejar las condiciones particulares del mercado en el nuevo producto o proceso. En la práctica resulta evidente que el sistema de patentes no lo hace y no lo puede hacer, pues su tiempo de duración se ha establecido arbitrariamente y no se justifica tenerlo como pretexto para extender los plazos de protección en casos particulares. (Rey; 2006, p.432) razón esta que en opinión de Dhar y Rao debería ser más que suficiente para reducir drásticamente el período patentario. (Dhar y Rao, p. 141, 1997)

Pero a pesar de estas críticas los países en desarrollo que pareciera actúan de forma contraria a la lógica del elector racional aceptan el establecimiento de un período de 20 años de duración de la patente, aunque pareciera no existir una razón o interés lógico para ello.

Sin embargo debemos decir que esta apreciación resulta equivocada, puesto que el establecimiento de dicho período de tiempo obedece a la presión ejercida por las potencias europeas, Estados Unidos y Japón, que condicionaron la concesión de beneficios y prerrogativas arancelarias a la aceptación de un período de duración de las patentes de al menos 20 años, bajo la lógica de que es uno de los elementos básicos del sistema de patentes, pues de esta manera se garantiza el incentivo a la investigación (Basic framework of GATT provision on intellectual property, statements of views of european of the european, japanese and the United States business communities, Junio 1988.)

Así pues, señalan que la Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA), reconoce que el costo aproximado para desarrollar una nueva droga es de 802 millones de dólares y las empresas cuentan con sólo ocho años de duración efectiva de la patente para recuperarlo. (Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA), Pharmaceutical Industry Profile 2004 (Washington, DC, PhRMA, 2004).

No obstante, si consideramos la hipótesis de que las empresas farmacéuticas no tienen utilidades sino que se limitan a reponer su inversión, el costo de extender el plazo de protección sería de 100 millones de dólares, por cada droga y aquel sería cubierto por los consumidores de todo el mundo, y en este sentido, los consumidores de los Países Andinos cubren apenas una fracción, en relación con su participación en el mercado mundial de medicamentos.

Dado que el PIB de los Países andinos corresponde al 1% del PIB mundial, se puede suponer que los Países de la Comunidad Andina tendrían una pérdida anual cercana a un millón de dólares por cada droga a la que se le extienda su plazo de protección, y esto suponiendo que las empresas multinacionales farmacéuticas no perciben utilidades.

Sin embargo, es importante puntualizar que las cifras citadas por PhRMA, que se basan en el estudio de Tufts, DiMasi²⁰ y otros no son generalmente aceptadas y han recibido una serie de críticas.

En este sentido se señala que “la actualidad de I+D no implica para los laboratorios privados una inversión promedio de 802 millones de dólares por molécula exitosa, como se quiere hacer creer, sino bastante menor.

Según Public Citizen, “no supera los US\$ 100 millones...”(Rey; 2006, p.433). El autor del libro “The US\$ 802 Million Pill”, Merrill Goozner, explica que si bien esta cifra pudo ser relativamente cierta hacia 1990, hoy está muy lejos de la realidad, pues los subsidios que desde entonces otorga el Estado a la actividad investigativa, ha reducido considerablemente el esfuerzo privado. (Rey; 2006, p.433).

Para el doctor Nelson Levy, ex jefe de investigaciones de Laboratorios Abbott “la cifra de US\$ 802 millones, constantemente repetida por la industria innovadora es basura.” (Holguín, 2004, p. 94)

De este modo, hay quienes creen que la estimación propuesta es una exageración pues las empresas han inflado sus costos de investigación y desarrollo, además el gasto en medicamentos patentados con respecto al PBI es menor al promedio mundial en los países de la CAN y según autores como Angell, el plazo de aprovechamiento de la patente es mayor que el señalado, Angell sostiene que sería de 14 años, lo que reduciría el costo anual a 8/14. (Angell, 2004)

No obstante, otros autores consideran que si se divide la cifra total del costo de la investigación y desarrollo de las empresas farmacéuticas entre el número de patentes obtenidas en los años 1994-2000, se obtiene un promedio de 723 millones de dólares

²⁰ Estudio disponible en <http://www.sciencedirect.com> “The price of innovation: new estimates of drug development costs Journal of Health Economics 22 (2003), 151-185)

por año, que corrobora la estimación realizada en un principio, dentro de los grandes márgenes de error que son inevitables al utilizar información agregada.

Pero más allá de las críticas presentadas se consiguió que el artículo 33 del ADPIC reconozca a las patentes un tiempo de duración mínimo de 20 años, tiempo que como ya analizamos resulta polémico, sin embargo sirvió para armonizar el plazo de protección de las patentes a nivel internacional, a pesar de ello “durante las negociaciones de los ADPIC algunos países desarrollados intentaron que el plazo de protección se extendiera para los casos de productos en los que fuera necesario la obtención de una autorización para su comercialización, tal es el caso de los productos farmacéuticos.” (Rey; 2006, p.428)

Entonces actualmente los países industrializados insisten en el ajuste del tiempo de vigencia de la patente, por supuestos retrasos en la aprobación de comercialización. Señalan incluso que debe compensarse la reducción irrazonable del plazo por los retrasos en los procesos de autorización de comercialización.

El costo total de una medida como estas puede representar para los Países Andinos la extensión del plazo de vigencia de las patentes para los productos fármaco-químicos, claro está que ello dependerá del número de patentes otorgadas en el sector fármaco químico que hayan tenido demoras de más de cuatro años en su tramitación.

De acuerdo a un informe preparado por Mincetur-Indecopi, en seis años se otorgaron 584 patentes fármaco químicas, con un retraso superior a cuatro años, es decir que tomando como referencia al Perú podemos decir que el costo de prorrogar las patentes sería de 97 millones de dólares, y si esta medida llega a abarcar la totalidad de patentes otorgadas, y no se limita a las farmacéuticas con retraso de más de cuatro años, el costo anual de esta extensión en el plazo sería de 126 millones de dólares.

Esto dado que el número total de patentes solicitadas en el Perú, en el período 1998 - 2003 fue de 757, lo que da un promedio por año de 126, de las cuales el 77% representan al sector fármaco-químico. (Rey; 2006, p.435)

Debido a ello está propuesta es rechazada por los países andinos y los países en vías de desarrollo en general, pues consideran que este tipo de disposiciones limitarían o retrasarían la competencia de los fármacos genéricos. Además consideran peligrosa la subjetividad del término “demoras injustificadas”, y explican que se debería considerar la realidad de las oficinas de propiedad industrial de los países andinos en especial en relación a las carencias personales y materiales que tienen.

Debido a ello y al ingente costo que implica, los Países andinos no reconocen la formulación de prórrogas al tiempo de vigencia de una patente, conforme se puede observar al revisar el artículo 50 de la Decisión 486 de la CAN, donde se dispone que las patentes tendrán una duración de 20 años contado a partir de la fecha de presentación de la solicitud, sin que se prevea extensión alguna a los plazos de vigencia.

1.3.5. Patentes de segundo uso y la política sobre ellas en la CAN

En primer lugar definamos que es una patente de segundo uso, dentro del campo farmacéutico sucede en ocasiones que un principio activo que contenía una determinada regla técnica, al cabo de unos años de investigación se llega a identificar que también sirve para solucionar otro problema técnico, este fenómeno es conocido como patente de segundo uso. (Rey; 2006, p.419)

Los países industrializados presionaron a nivel mundial, incluyendo la CAN, por el reconocimiento de este tipo de patentes, al efecto se fundamentaron en el artículo 27.1 del ADPIC, donde se establece la obligación de patentar las invenciones, de ahí que para ellos existiría la obligación de patentar los usos, no obstante para algunos de los países miembros de la Comunidad Andina aquello se trata de una argucia jurídica que busca extender los derechos monopólicos de la patente después de su vencimiento.

En este sentido, como bien destaca Rey “Durante las negociaciones de la Decisión 486 el tema del patentamiento de los segundos usos fue también objeto de grandes controversias.” (Rey; 2006, p.422). Así en la IV Reunión de Expertos en materia de Propiedad Industrial, los países por consenso decidieron eliminar un texto como el actual artículo 21 de la Decisión 486 o el artículo 16 de la anterior Decisión 344, que

disponen que “Los productos o procedimientos ya patentados, comprendidos en el estado de la técnica, de conformidad con el artículo 16 de la presente Decisión, no serán objeto de nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial.” (Rey; 2006, p.421)

Sin embargo, en la V Reunión de Expertos la discusión sobre este tema se reabrió y la delegación colombiana junto con la boliviana estuvieron a favor de volver a incluir una disposición como el derogado artículo 16 de la Decisión 344. Las delegaciones de Ecuador y Venezuela abogaron por la eliminación del artículo.

Pero “Independientemente de si los países estaban a favor o en contra de patentar los segundos usos, había preocupación por parte de varias delegaciones respecto de si con la prohibición de su patentamiento se estaba incurriendo en una violación del Acuerdo sobre los ADPIC, al cual todos los Países andinos se encuentran adheridos.” (Rey; 2006, p.423)

La posición sostenida por la delegación de Colombia era que los usos son una tercera generación de patentes, por lo tanto la obligación general contenida en el artículo 27.1 ADPIC de patentar todas las invenciones que cumplan con los requisitos de novedad, altura inventiva y aplicación industrial, sin poder realizar discriminación alguna por el campo tecnológico, lugar de la invención y por el hecho que los productos sean importados o producidos en el país, no se aplicaba a las patentes de segundo uso.

Para otras delegaciones los usos eran una subcategoría de los procedimientos, por lo que existía una obligación en cuanto su patentamiento, no obstante, se puede considerar que invenciones relacionadas con el uso de un producto conocido no son patentables, porque en estos casos se trata en realidad del descubrimiento de una propiedad existente del producto, antes que el desarrollo de una nueva propiedad.

Es decir, ellos consideran que se trata de un conjunto de instrucciones a un médico que incurrirían dentro de las exclusiones a la patentabilidad de los métodos terapéuticos, pues en la práctica no existe diferencia entre el patentamiento del uso de una sustancia y

el del método de tratamiento, en ambos casos, se reivindica una nueva actividad médica, es decir una nueva forma de usar uno o más productos farmacéuticos conocidos.

Explican también que los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos cada paciente es un encuentro individual que difiere de otros en sus condiciones y características, por lo que no pueden ser aplicados, de manera continua y sucesiva de la misma forma. Hardman y Limbird al respecto opinan que “Dado que todos los enfermos difieren en sus reacciones o respuestas a los fármacos, cada encuentro terapéutico debe ser considerado como un experimento...” (Hardman y Limbird, p. 58; 1996), por lo tanto no puede concederse exclusividad sobre un objeto que no puede reproducirse idénticamente, puesto que incumpliría con el requisito de aplicación industrial. Esto sin considerar, que la exigibilidad de respeto y observancia de la patente resulta compleja, pues la nueva forma de uso del producto farmacéutico conocido se la realiza a nivel privado.

A ello sumaban el hecho que “...la patentabilidad de usos de sustancias conocidas puede encubrir algunos casos de biopiratería, en la medida que una sustancia que se encuentra en la naturaleza es patentada en base a la identificación de un determinado uso terapéutico.” (Rey; 2006, p.424)

Entonces como vemos el tema de las patentes de segundo uso se presentan en las patentes farmacéuticas, y en este sentido para las delegaciones detractoras no hace sino conferir un período de exclusiva prolongado, es decir, el reconocimiento extra de un derecho económico por encima del derecho a la vida.

En este sentido, los países andinos que no compartían la generación de patentes de segundo uso sustentaban su opinión en la interpretación que hacían sobre el derogado artículo 16 de la Decisión 344, que actualmente corresponde textualmente al artículo 21 de la Decisión 486 que dispone: “Los productos o procedimientos ya patentados, comprendidos en el estado de la técnica, de conformidad con el artículo 16 de la presente Decisión, no serán objeto de nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial.” (Rey; 2006, p.421)

Sin embargo, en opinión de otros países de la CAN el patentamiento de segundos usos era posible siempre que estos cumplieran con los requisitos de patentabilidad. Así por ejemplo “el Gobierno de Perú expidió en el año 1997 el Decreto Supremo No.010-97-ITINCI mediante el cual se pretendía aclarar el artículo 43 del Decreto Legislativo 823” (Rey; 2006, p.422), norma equivalente al artículo 16 de la, entonces vigente, Decisión 344, mediante este Decreto Supremo, la oficina de invenciones de Perú otorgó la patente de segundo uso sobre el producto “Pirazolopirimidonas para el tratamiento de la impotencia” Situación similar, aunque sin norma nacional interpretativa de por medio se dio en Ecuador y Venezuela. (Rey; 2006, p.422)

En este tema, la Asociación de Industrias Farmacéuticas de Origen y Capitales Nacionales (ADIFAN) del Perú planteó una denuncia por el incumplimiento de la normativa comunitaria ante la Secretaría General de la CAN cuestionando la validez de la patente concedida en el Perú y estableciendo que ella se había otorgado contraviniendo el artículo 16 de la Decisión 344. De este modo, la Secretaría General de la CAN a través de Resolución 358 del 11 de febrero del 2000, derogada por Resolución 406 del 22 de junio del 2000 y posteriormente el Tribunal Andino de Justicia de la CAN dentro del Proceso 89-AI-2000 determinaron que con la concesión de la patente en cuestión, el Gobierno del Perú había incumplido con las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico comunitario.

En opinión de ambos órganos la Decisión 344 prohibía el patentamiento de los segundos usos. Situación similar se produjo en Ecuador y Venezuela, en los dos países se otorgaron también patentes para el uso del producto “Pirazolopirimidonas para el tratamiento de la impotencia”, del mismo modo, las oficinas de propiedad industrial de cada país otorgaron la patente basándose en la Decisión 344. Al igual que en el caso peruano, los laboratorios farmacéuticos nacionales recurrieron a la Secretaria General de la CAN para interponer una acción de incumplimiento.

Como era de esperarse, la Secretaría General de la CAN a través de Resolución 424 del 2 de septiembre del 2000 confirmada por la Resolución 457 del 4 de diciembre del 2000

y la Resolución 423 del 31 de agosto del 2000 confirmada por Resolución 476; y el Tribunal Andino dentro de los Procesos 01-AI-2001 y 34-AI-2001 ratificaron que las patentes habían sido otorgadas violando el ordenamiento jurídico andino, que impedía el patentamiento de los segundos usos.

A modo de ejemplo citemos la parte pertinente de una de estas jurisprudencias:

“Quinta: El artículo 16 de la Decisión 344 contiene una prohibición claramente determinada que constituye una opción de política comunitaria respecto de la concesión de patentes de segundo uso que ha sido asumida por el legislador andino y que ha sido ratificada expresamente por él al aprobarse el artículo 21 de la Decisión 486 de la Comisión, en términos idénticos a los consagrados en aquella. Su sentido literal es claro y guarda completa armonía con las demás normas jurídicas que conforman el régimen común. Por ende, el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial, no se constituye en posibilidad jurídica para la concesión de una nueva patente; esa determinación del derecho comunitario conlleva, adicionalmente, la prohibición a los Países Miembros, para el otorgamiento de derechos de patente para productos o procedimientos comprendidos ya en el estado de la técnica y que, por tal circunstancia, han perdido la virtud de la novedad, que se constituye en uno de los fundamentos básicos para la concesión de patentes en el Régimen Común sobre Propiedad Industrial determinado por la Decisión 344.” (Proceso 34-AI-2001)

La Superintendencia de Industrias y Comercio de Colombia no se vio inmiscuida en un problema semejante porque debido al pronunciamiento expreso del Tribunal Andino de Justicia de la CAN que ratificaba la postura de su delegación, no concedió este tipo de patentes. En este sentido, la postura de la oficina colombiana ha sido que si bien el ADPIC obliga a conceder patentes a las invenciones, la definición de lo que implica una invención depende de la normativa interna de cada país entonces destaca que el artículo 14 de la Decisión 486 sólo se menciona a los productos y procedimientos, y no a los usos, los cuales eventualmente podrían considerarse como una tercera categoría de invenciones.

Entonces como resultado de la presentación de estos argumentos, y luego de intensos debates, en la legislación comunitaria, no se permitió el patentamiento de procedimientos o productos previamente patentados, por el simple hecho de atribuirseles un uso distinto del originalmente comprendido, puesto que incumpliría el requisito de aplicación industrial. En resumen todo ello llevó a la prohibición de patentes de segundo uso en la Comunidad Andina.

1.3.6. Información no divulgada en la CAN

Para el registro de productos farmacéuticos y agroquímicos las autoridades sanitarias exigen normalmente la presentación de datos relacionados con la calidad, seguridad y eficacia (datos de prueba) de los productos, así como información sobre la composición física y las características químicas del producto.

En otras jurisdicciones, la autoridad sanitaria nacional puede basarse en los datos presentados por el solicitante original para examinar y aprobar solicitudes posteriores de terceros para productos similares, demostrando que los atributos fisicoquímicos son equivalentes a los productos del primer registrante (Rey; 2006, p.437).

Sin embargo los países industrializados han reclamado un derecho de propiedad intelectual sobre los datos de prueba, lo que en opinión de los críticos contraviene la idea de promover la libre competencia de precios y el acceso a medicamentos económicos.

Es importante señalar que a diferencia del sistema de patentes, estos derechos de exclusiva no admiten una figura como la del otorgamiento de licencias obligatorias que buscan un balance entre los intereses del autor de los datos de prueba y los de las empresas fabricantes de “genéricos”

Durante las negociaciones de la Decisión 486 el artículo 266 fue objeto de acalorados debates, los miembros de la Comunidad Andina, con la excepción de Colombia, querían adoptar un texto idéntico al artículo 39.3 ADPIC, Colombia, por su parte, quería reconocer derechos exclusivos por un período de tiempo determinado, manteniendo la lógica del derogado artículo 79 de la Decisión 344.

Luego de muchas discusiones, los países miembros de la CAN aceptaron la inclusión de una protección de tiempo ilimitada, pero condicionada a un uso comercial, no obstante, con el objeto de satisfacer la inquietud colombiana se permitió a los países miembros tomar las medidas necesarias para garantizar la protección mencionada. Debido a ello, aún hoy Colombia es el único País andino que ha incluido en la legislación nacional la protección de los datos de prueba. (Rey; 2006, p.439, 440)

1.3.7. Vinculación de la Autorización de Comercialización con la Patente en la CAN

Otro de los temas de discusión fue el pedido de la industria farmacéutica respecto de la vinculación del registro de medicamentos con la existencia de patentes, esto tiene por objeto impedir a la autoridad sanitaria la concesión de un registro a un medicamento genérico, cuando ella contravenga un derecho de propiedad intelectual.

No obstante hay que señalar que pese a la insistencia de las farmacéuticas dentro de la normativa del ADPIC, no se prevé disposición alguna que impida el otorgamiento de una autorización de comercialización por el hecho de que el producto infrinja una patente.

La Decisión 486 guarda concordancia con esta lógica y tampoco prevé una disposición de este tipo, ello bajo la lógica de que la concesión de una patente es una cuestión diferente del registro sanitario, puesto que, la autoridad sanitaria realiza una evaluación desde el punto de vista sanitario, por lo tanto no le corresponde otorgar o negar un registro sobre la base de la existencia o no de una patente. (Rey; 2006, p.449, 451)

1.3.8. El éxito de la CAN en el tema de Propiedad Intelectual

El hecho de que el éxito en propiedad intelectual en la CAN se haya convertido en una excepción dentro del ámbito regional nos obliga a preguntarnos por qué se ha producido este logro y aunque mucho se ha especulado al respecto, los críticos dicen que el éxito en el tema de propiedad intelectual responde al interés de los países hegemónicos, que auspician el buen funcionamiento del proceso en este tema, pues es favorable a sus políticas.

En este sentido explican que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es la tercera corte más activa a nivel internacional, sólo por detrás del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no obstante observan que si bien entre 1985 y 2009 se dictaron nada menos que 1.849 sentencias, de ellas más del 90% son de propiedad intelectual.

Ello devela el gran peso que tiene la propiedad intelectual en la actividad del citado Tribunal, frente a la enorme descompensación que existe entre esta materia y las demás sobre las que el Tribunal tiene competencia.

Pero además se señala que el éxito en el área de la Propiedad Intelectual se debe en parte a la existencia de un Tribunal que cuenta con miembros conocedores del tema, que gozan de una infraestructura adecuada y de un marco normativo homogéneo y uniforme.

En este sentido, el hecho de que los derechos de propiedad industrial presenten las características comunes de ser derechos registrales, estar temporalmente limitados aunque algunos sean ilimitadamente renovables y recaer sobre determinados bienes inmateriales, ha permitido la creación de una especie de “Propiedad Intelectual Universal” con normas muy parecidas en todos los países de economía de mercado, de ahí que si en los otros sectores del Derecho andino no se ha logrado un éxito similar es porque se trata de materias jurídicas mucho menos elaboradas y armonizadas a nivel internacional y porque los operadores jurídicos en estas materias no han sentido la necesidad de exigir de verdad la aplicación del derecho Andino. (Otero Lastres, p.96; 2011)

Entonces, la propiedad intelectual, gracias a su dimensión internacional, está fuertemente homogeneizada, merced a una larga depuración, de este modo los textos legislativos han ido evolucionando desde el Convenio de Paris hasta cristalizarse en las actuales Decisiones Comunitarias.

Como resultado los derechos de propiedad industrial se han convertido en activos valiosos y en factores competitivos en los sistemas económicos de libre empresa y competencia, pues una patente o una marca, determinan la posición de su titular en el mercado.

Otra cuestión a destacar es que una de las actuaciones más relevantes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es la de resolver los conflictos existentes entre el

derecho comunitario y los derechos nacionales mediante el principio de la primacía del derecho comunitario. (Otero Lastres, p.97; 2011)

Muchos insisten en que incluso el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha ayudado a los Países Andinos a resistirse a presiones exteriores, singularmente de los Estados Unidos y sus empresas farmacéuticas, para extender la protección de la propiedad intelectual más allá de lo que establece el propio derecho comunitario. (Otero Lastres, p.85; 2011)

En conclusión podemos decir que el sistema normativo y el litigio andino han creado derechos privados valorables económicamente y perfectamente exigibles y las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina han mejorado notablemente los procedimientos para la toma de decisiones por parte de las oficinas nacionales de la propiedad intelectual, fortaleciendo su autonomía, aumentando su sujeción al Estado de Derecho y equilibrando los derechos de propiedad intelectual frente al interés público.

1.4. Conclusiones

Podemos señalar que los cambios en la legislación sobre propiedad intelectual en Latinoamérica, están orientados hacia la expansión y el fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual, sostenida jurídicamente en el marco del ADPIC y fácticamente en la presión ejercida por el peso de los países desarrollados y por la fuerza, que dentro de aquellos estados, ejercieron sus industrias, pues si bien los estados son quienes “formalmente” han construido el régimen, no se puede desconocer el peso y la incidencia de los actores no estatales a la hora de crear, establecer y configurar el Régimen de Propiedad Intelectual.

Entre ellos figuran las industrias farmacéuticas, químicas, automotrices, etc, que obtienen millones de dólares gracias al reconocimiento estatal de un ‘derecho de exclusiva’, por lo que presentan particular interés en la creación, mantenimiento y desarrollo del régimen de propiedad intelectual, y en consecuencia, hacen uso de toda su fuerza y poder para que aquel se ajuste a sus exigencias y necesidades, situación que

nuevamente nos trae a las ideas de Roussenau y Gilpin respecto de la relación entre poder, norma y gobernanza.

De este modo, la realidad empírico-práctica nos muestra que existen ciertos países que cuentan con un mayor poder y peso político, este hecho les permite expedir una serie de normas, así como desarrollar instituciones y construir un régimen como el de Propiedad Intelectual que les beneficia de una forma particular. Parafraseando a Mearsheimer, las normas, la gobernanza y la concepción de justicia será lo que los Estados poderosos quieren que sean y mientras más fuerte o poderoso sea un Estado, mayor incidencia tendrá en la construcción y desarrollo del Régimen.

Sin embargo, en su preservación, mantenimiento y desarrollo, encontramos ciertos indicios que develan que el régimen en si mismo fue diseñado hábilmente, de forma tal que en él se recojan varias aristas, para que de este modo, aún sus más fervientes opositores, tengan cierto interés y reconozcan, al menos parcialmente, sus puntos positivos.

Afirmar que los ADPIC se expidieron en aras de un afán de cooperación y colaboración me parece un tanto utópico, pues si bien los países en desarrollo, que en inicio, se oponían al tratamiento que se pretendía dar a los temas de Propiedad Intelectual, posteriormente cambian de posición, pero no lo hacen únicamente por las concesiones en agricultura que alcanzaban a cambio (Sell; p. 181), sino que el factor determinante fue la política agresivamente unilateral del gobierno americano.

Al respecto Susan K. Sell señala que “Inicialmente, los países en desarrollo se resistieron a la inclusión de temas de Propiedad Intelectual en las negociaciones, pero en Abril de 1989 ellos abandonaron su posición. Después de haber enfrentado una escalada agresiva de unilateralismo estadounidense, se esperó que la cooperación sobre los ADPIC aliviaría la presión. Además, los países opositores estaban dispuestos a apoyar los ADPIC a cambio de concesiones en temas de mayor relevancia en el corto y mediano plazo, tales como la agricultura y la eliminación gradual de...” (Traducción

del autor Sell, p.176) ciertos acuerdos y prebendas. En consecuencia, se consigue la suscripción de los ADPIC por presión más que por cooperación.

Recordemos que para los neoliberales “La cooperación se produce cuando los actores adaptan sus conductas a las preferencias presentes o anticipadas de otros, por medio de un proceso de coordinación de políticas. Para resumirlo de manera más formal, la cooperación intergubernamental se lleva a cabo cuando las políticas seguidas por un gobierno son consideradas por sus asociados como medio de facilitar la consecución de sus propios objetivos, como resultado de un proceso de coordinación de políticas...” (Keohane, 1988: p.74-75), factores que claramente no se presentaron al momento de suscribir los ADPIC.

La génesis misma del Régimen de Propiedad Intelectual sin duda repercutió en la construcción de normas nacionales y regionales, entonces claramente podemos observar que las legislaciones dictadas sobre la materia en la mayoría de los países andinos son posteriores a la firma y suscripción del ADPIC, que fuera expedido bajo gobiernos de corte neoliberal.

Entonces en lo que respecta al Régimen de Propiedad Intelectual, debemos señalar que, si bien existe una institucionalidad o un “*set of rules*” que sin dudas forman parte de la fórmula del éxito, este simple hecho no logra explicar plenamente el fenómeno, puesto que desconoce la fuerza y el rol que juega el poder, el cual en determinados momentos condiciona la armonía, la permanencia, la configuración y el desarrollo exitoso del régimen.

CAPITULO II

2. Propiedad Intelectual: ¿Democracia o dictadura?

2.1. Introducción

El presente capítulo tiene por objetivo presentar la historia del régimen, así como los argumentos y postulados favorables al mismo. En este sentido la premisa principal será que la generación de un derecho de propiedad, y la consecuente promesa de una recompensa posterior, propicia la inventiva y la creación de conocimiento, por lo tanto se la presenta como una herramienta indispensable para alcanzar el desarrollo.

Ello nos permitirá comprender los aspectos positivos del régimen y las razones que en opinión de sus defensores propiciaron su creación y desarrollo, con el objeto de contraponerlas con las posturas críticas, para de este modo, mediante la dialéctica alcanzar una síntesis sobre el régimen de propiedad intelectual.

Revisaremos entonces, los postulados de la teoría liberal de las relaciones internacionales, que se sostienen en la cooperación y la búsqueda del bien común y bajo esta perspectiva realizaremos un recorrido por su historia, a fin de analizar las razones que motivarían su creación, así como los postulados que lo sostienen.

Presentaremos entonces la evidencia empírica, manifestada en una serie de datos que tiene por objeto mostrar las bondades y puntos favorables del régimen de propiedad intelectual, tales como el creciente aumento de las solicitudes de registro de patente a nivel internacional, así como las fórmulas y recomendaciones de la OMC y de la OMPI para alcanzar el desarrollo a través del uso y manejo adecuado de la Propiedad Intelectual.

En este sentido podremos apreciar una perspectiva del régimen que nos permitirá concluir que no todo en él es negativo y que de hecho cuenta con una serie de aspectos que resultan positivos, por lo que si se lo orienta de forma adecuada podría resultar beneficioso para los países andinos como el Ecuador.

Por lo tanto, observaremos que la propiedad intelectual y en concreto el sistema de patentes en sí mismo no es malo, ni un diseño demoníaco, pero tampoco es producto de la inspiración divina, ni la cura absoluta al subdesarrollo, se trata de una ficción humana, un instrumento que dependiendo como se use, puede constituir una ventaja o una desventaja en las relaciones comerciales internacionales.

2.2. Argumentos que sostienen una postura favorable al régimen

Los países industrializados, consideran que de la capacidad creativa y del esfuerzo intelectual de sus ciudadanos surge un tipo de propiedad de naturaleza intelectual²¹, que además es la base legítima para que ellos obtengan una ventaja comercial, por lo que aquella debe recibir protección frente a las posibles acciones ilegales e ilegítimas que pueden eventualmente emprender terceros.

Consideran que de no existir dicha protección, que asegura la promesa de una recompensa posterior, la investigación y el desarrollo que posibilitan el desarrollo de nuevas invenciones y productos, simplemente no se produciría. Bercovitz adecuadamente señala que el “mercado globalizado exige niveles mínimos de protección en todos los países de manera que no se creen diferencias competitivas que distorsionen el funcionamiento del mismo” (Bercovitz, p. 19;1969)

De este modo se parte de tres lógicas o teorías, por un lado tenemos la teoría del incentivo en la que se considera que la protección y el derecho de exclusiva generado por la patente es un mecanismo que busca atraer esfuerzos y recursos al desarrollo de inventos.

Del mismo modo, tenemos la teoría de la recuperación que se basa en la idea de que hay que propender que el inventor recupere lo invertido y asegure un valor adicional por concepto de recompensa. Finalmente, se presenta la teoría del conocimiento público, en la que el fin último que persiguen las patentes es la difusión del conocimiento, de tal

²¹—invenciones, descubrimientos industriales, diseños, textos, emisiones, grabaciones, marcas y nombres comerciales que muestran un origen-

forma que la sociedad se beneficie de él, pero reconociendo un derecho proporcional al inventor.

Silvia Vincenti expositora y experta de la OMPI habla sobre la economía del conocimiento o ‘econocimiento’

“Hoy todos coinciden en que los conocimientos y las innovaciones han desempeñado un papel fundamental en el crecimiento económico mundial en las últimas décadas... Conocimientos e innovaciones son el resultado del ingenio humano que, a diferencia de otros recursos sobre los cuales se ha basado y se basa la economía tradicional (tierra, recursos naturales, humanos, capital), es un recurso ilimitado.” (Seminario sobre propiedad intelectual y la administración de activos intangibles en las universidades y los centros de investigación Guayaquil – Ecuador – 12 a 14 de octubre de 2011)

De este modo, observan a la Propiedad Intelectual como una herramienta estratégica, indispensable para el desarrollo económico, tecnológico y social, este argumento se expone especialmente como una de las razones para proteger la propiedad intelectual de los fabricantes de productos farmacéuticos que requieren invertir tiempo e ingentes recursos económico para desarrollarlos y para obtener los documentos y las autorizaciones estatales necesarias para sacarlos al mercado.

Al respecto varios autores han sabido señalar que:

“Algunos países sobretodo desarrollados, han optado por estructuras jurídicas que confieren derechos de patente fuertes. Lo han hecho con el fin de proteger la corriente de ingresos que les produce su base tecnológica. En esos países existe, no obstante, un debate considerable sobre cuáles son el nivel y alcance óptimos de la protección para fomentar la innovación sin restringir indebidamente la libre circulación de las ideas ni sofocar la competencia.” (Correa; 2001, p. 5-6)

Sin embargo señalan que si bien la propiedad intelectual puede propiciar el desarrollo de un país, aquella no es sino uno de los factores que puede promover el crecimiento económico, pues no puede pretenderse que únicamente mediante una mayor protección a los derechos de Propiedad Intelectual se genere un flujo de inversión extranjera, ya que para el efecto deben desarrollarse las condiciones mínimas en infraestructura,

instituciones, capital, educación ,calificación de la población para el trabajo, entre otras. (Rey; 2006, p.402)

De este modo, si se trabaja en todos estos aspectos, la protección a los derechos de propiedad intelectual irá ganando importancia, es el caso, por ejemplo, de la industria farmacéutica, en que la sustancia activa se elabora, por lo general, en el país propietario del conocimiento, y la mezcla con excipientes se realiza en una industria ligera en países en desarrollo.

Al respecto los expertos señalan que “Al cabo de años de inversión, los salarios se elevan y el país pierde su ventaja inicial por menor costo de mano de obra, pero para entonces el mercado interno ha crecido, así como su capacidad de producción, lo que lleva a una tercera etapa de inversión horizontal de las empresas y al comercio intraindustria” (Rey; 2006, p.402), lógicamente la protección a los derechos de propiedad intelectual en el país donde inicialmente funcionaba la industria ligera se vuelve trascendental, pues se están creando nuevos productos y tecnologías.

Por lo tanto un régimen de Propiedad Intelectual débil detiene la inversión extranjera en sectores de alta tecnología, ya que en esta área ella juega un papel importante y por tanto “constituye un problema para los propietarios de las tecnologías que han aparecido en los últimos años, que son de muy fácil imitación, como los productos farmacéuticos, químicos.” (Rey: 2006: 403)

2.3. Argumentos que sostienen una postura favorable al régimen de Propiedad Intelectual bajo la Perspectiva Liberal

Para los defensores del régimen, el proceso de creación y armonización de las normas de propiedad intelectual ha sido producto de una internacionalización gradual y armónica, fruto de la conciliación y el acuerdo, que cuenta con más de 120 años de historia, donde las normas y las instituciones acordadas confieren orden.

Como mencionamos en el capítulo anterior este proceso está dividido en dos grandes períodos, el primero de ellos, que podríamos identificar como de armonización ‘suave’ o ‘moderada’ de los estándares de protección, se trata de un proceso de internacionalización que reconoce la soberanía de cada país permitiendo que sean ellos

quienes definan “...el ámbito de los derechos implícitos en la concesión de una patente y la duración de los mismos.” (Roffe: 2005: 72). Además durante esta etapa se les permite determinar las áreas tecnológicas a proteger.

Dentro del período de armonización suave o moderada encontramos a las convenciones clásicas de propiedad intelectual, suscritas en el siglo 19, tales como la Convención de París²² de 1883 y la Convención de Berna²³ de 1886, que surgen como iniciativa de los Estados Unidos de América durante el cenit de la revolución industrial, es en este período histórico en el que se suscita la gran controversia entre los conceptos antagónicos del libre comercio y el derecho de exclusiva y monopólico generado por la propiedad intelectual, impase que de algún modo y de manera temporal fue superado mediante el reconocimiento de la obligación de explotación local²⁴.

De este modo, estos instrumentos consagran el principio de territorialidad de los títulos y de propiedad intelectual y el principio de prioridad en el registro²⁵. El segundo período es calificado como un proceso de armonización ‘dura’ o ‘profunda’. (Roffe; 2005: p. 71) que se ve inaugurado con el advenimiento y la suscripción en 1994 de los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)²⁶.

EL “ADPIC constituye el anexo 1C del Acuerdo sobre la Organización Mundial de Comercio OMC de 15 de abril de 1994, que entró en vigor el 1ero de enero de 1995” (Curso OMC; p. 41). Mediante este acuerdo, se estableció la OMC, organización a través de la que se gestó un nuevo sistema internacional de comercio.

En ellos si bien se trata de establecer una normativa de carácter supranacional que supere la soberanía nacional, aquel marco jurídico institucional, a los ojos de sus

²² Que versaba sobre la protección de la propiedad industrial.

²³ Que trataba sobre Derechos de autor.

²⁴ Que con el tiempo evoluciona al concepto de licencia obligatoria, instrumento establecido por primera vez en 1925 en la Convención de la Haya.

²⁵ Que tiene por objeto promocionar la internacionalización del régimen, a través del reconocimiento de una patente registrada en un país por otro.

²⁶ También conocido por sus siglas en inglés TRIPS

defensores, se construye fruto del diálogo, el consenso y la búsqueda del beneficio y el bienestar de todos los países miembros, lejos de tratarse de un instrumento impuesto por unos cuantos estados poderosos. Así por ejemplo, durante junio de 2001, los países africanos lanzaron en el Consejo de los ADPIC una iniciativa tendiente a analizar el rol de la propiedad intelectual en el acceso a las medicinas; a finales del 2001, en la Reunión Ministerial de Doha, se aprobó la Declaración Ministerial de Doha sobre los ADPIC Y Salud Pública, declaración que cabe mencionar ha sido considerada por la industria farmacéutica norteamericana contraria a sus intereses, en consecuencia bajo la perspectiva realista la propuesta no debió tener cabida, sin embargo la experiencia muestra lo contrario.

Autores como Gómez, explican que el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC “comprende un conjunto de normas –derechos y obligaciones- multilaterales que regulan tanto la existencia, adquisición alcance, mantenimiento, ejercicio y observancia de los derechos de propiedad intelectual.” (Gómez; 1995: p. 95)

Sus defensores señalan también, que el ADPIC se trata de una serie de mandatos dirigidos a los países, a fin de que estos concreten la implantación del régimen de propiedad intelectual mediante su legislación nacional, por lo tanto confiere a cada estado un margen de acción interesante, pues cada país podrá formular o modificar sus leyes y reglamentos y adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública, la nutrición de la población o promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socio económico y tecnológico. (Bergel: 1997: 68)

2.2.1. Perspectiva y Evidencia Empírica de la Tesis Liberal

La perspectiva liberal y su teoría intermedia de regímenes, bajo las cuales se maneja las premisas de la cooperación desinteresada y la lógica del beneficio y la ganancia absoluta, recogidas en el pensamiento y la posición oficial de organizaciones internacionales como la Organización Mundial del Comercio OMC y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, señalarán que el régimen de propiedad

intelectual se estableció producto de la importancia que reviste el proteger y respetar estos derechos.

Para la perspectiva de la OMPI, aquello encuentra su razón de ser en el hecho de “que es justo y apropiado que la persona que invierte trabajo y esfuerzo en una creación intelectual recoja ciertos frutos como resultado de su esfuerzo” (DL-101S p.8 Módulo I).

Otra razón que destaca la OMPI, es que “al conceder protección a la propiedad intelectual, se fomentan esos esfuerzos y las industrias basadas en esa labor pueden progresar pues las personas se dan cuenta de que ese trabajo implica una ganancia financiera.” (DL-101S p.8 Módulo I), además la OMPI, considera que los Sistemas de Propiedad Intelectual constituyen un estímulo a la inversión y en este sentido se considera que son un instrumento necesario para el desarrollo.

Dentro del régimen de propiedad industrial, las patentes se consideran particularmente importantes, dado que la investigación y desarrollo entrañan costos y riesgos elevados. De este modo al conferir un monopolio autorizado por el gobierno durante un tiempo limitado, incentivan y recompensan las invenciones útiles que pueden desembocar en cuestiones de potencial utilidad para la humanidad.

En consecuencia los beneficios provenientes de la inversión tecnológica exigen un sólido sistema de protección jurídica sobre las ideas y las innovaciones “...los derechos de propiedad exclusivos que benefician a sus propietarios suministran un incentivo directo para la mejora de la eficiencia y de la productividad, o en términos más fundamentales, para adquirir nuevos conocimientos y mejores técnicas de producción...” (North, Douglas. Estructura y cambio en la historia económica. Alianza Editorial S.A. Madrid, p. 108)

A decir de la doctrina “...no es casualidad que los países donde menos se respetan los derechos intelectuales sean aquéllos donde más dificultades económicas y profesionales tienen los autores, compositores, intérpretes, investigadores, inventores y creadores en

general, que dependen de un apoyo económico y/o profesional para desarrollar su obra.”
(De Cordova, p. 37; 2001)

Es muy difícil imaginar entonces, individuos que intenten desarrollar su capacidad para la creación, investigación o invención en un marco social que les pone trabas y que no protege con un derecho de exclusividad los resultados de su trabajo. Al respecto la docta opinión de Bercovitz advierte que:

“...si una sociedad pretende facilitar el progreso técnico industrial, deberá enfrentarse con tres problemas: 1) conservar y poner a disposición de los individuos el saber adquirido por otros, con el fin de facilitar la consecución de nuevos conocimientos; 2) estimular la creación de nuevos métodos y conseguir que éstos sean transmitidos por sus autores al resto de la comunidad; y 3) fomentar la puesta en explotación de esos nuevos métodos.

Su objetivo será entonces triple: 1) estimular la realización de invenciones y la publicidad de éstas a través de la protección del interés privado de los inventores; 2) poner a disposición de todos los miembros de la comunidad las invenciones hechas con anterioridad, es decir, facilitar el conocimiento del estado de la técnica industrial con el fin de que aprovechen y se sirvan de los conocimientos ya conseguidos por otros; y 3) fomentar la efectiva aplicación de los nuevos conocimientos tecnológicos...” (Bercovitz, Alberto. Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán, Madrid, 1969, p.21)

Por lo tanto bajo esta percepción el nivel de protección otorgado a través del régimen de patentes influye en la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la investigación. No obstante los defensores del régimen son conscientes de que así como Beier, Sherwood y otros pensadores abogan por la tesis de que el sistema de patentes favorece el desarrollo de los países periféricos, existen organismos como la UNCTAD que se muestran escépticos y hasta dudan que las patentes de invención hayan constituido herramientas funcionales al progreso de los países del sur. (Roffe; p. 347-348, 1997), mas sin embargo los defensores del régimen replican este argumento y destacan que los países en desarrollo, se han estancado en la sesgada visión de la

UNCTAD, y desde allí han propuesto ciertas reformas que, en su opinión no hacen sino erosionar el sistema.

Según su opinión el hecho de que la legislación de patentes haya sido adoptada por más de un centenar de países y que haya subsistido pese a los grandes cambios son elementos de la realidad ante los cuales debe rendirse aún la crítica más sagaz de los economistas, en tanto demuestren la utilidad del sistema de patentes en la promoción de la innovación tecnológica.

Para los defensores del régimen además, el sistema de patentes se encuentra atado al despegue industrial de los países, por lo tanto argumentan que existe una correlación entre industrialización y protección de patentes. De este modo aseguran que con el sistema de patentes, la producción industrial de un país experimenta un claro aumento y el nivel de desarrollo industrial de los países que poseen el sistema de patentes, de larga data y en correcto funcionamiento, es mayor que el de los países que no poseen la protección de patentes, con el fin de probar dicha afirmación pensadores como Beier acuden a los casos de Japón, Israel, Suiza, e Italia.

Además explican que para adoptar el sistema de patentes, se partió de la convicción de que la protección de invenciones nuevas y útiles era necesaria para fomentar la investigación y el desarrollo de la industria local, mediante la recompensa al inventor. Así pues asegura que la observación histórica muestra la coincidencia y continuidad de las invenciones, expresadas en cuatro ideas rectoras: el reconocimiento del esfuerzo intelectual, la recompensa del inventor, el estímulo a la invención, inversión e innovación y la exigencia de divulgar el conocimiento científico, estando todas estas funciones del sistema de patentes al servicio del objetivo superior de fomentar el desarrollo técnico y económico. (De Cordova, p. 85; 2001)

Beier argumenta también que la protección de las invenciones está presente en diferentes sistemas económicos y sociales, inclusive, en la legislación socialista, donde se procura recompensar al inventor pero reconociendo el libre aprovechamiento de las invenciones.

Además afirma que el sistema de patentes, que reconoce el derecho exclusivo sobre la invención, sigue siendo el método más sencillo, amplio y efectivo mediante el cual el estado puede promover las innovaciones, ya que la exclusividad generada produce en el inventor una doble recompensa: la económica y la moral.

Beier destaca el papel primordial que desempeñan las empresas en el progreso técnico y explica que ellas son agentes económicos y como tales buscan lucro, por lo que sin la protección, las empresas no estarían dispuestas a asumir la invención de nuevos desarrollos técnicos, se limitarían simplemente a emprender en proyectos de investigación y desarrollo seguros y de aliento corto que se puedan mantener en secreto y que no sean fácilmente imitables. (Otero Lastres, p. 86,87; 2001)

Entonces el derecho técnico de patente “tiene la virtualidad de convertir una idea técnica intangible en un bien negociable...” (Otero Lastres, p. 88; 2001) y sólo la exclusividad convierte a las invenciones patentadas en objeto de las relaciones económicas internacionales, en la medida que se las puede transferir sin riesgo. Beier entonces asegura que estos efectos promotores, son válidos en todas las etapas del desarrollo industrial, no obstante para asegurar que tales efectos positivos del sistema de patentes se presenten en un país en desarrollo es necesario que exista bases científico tecnológicas y una clase empresarial innovadora, sin embargo los países que no tienen un sistema de patentes sólido carece de los incentivos que proporciona el sistema, lo cual perjudica el desarrollo tecnológico y el crecimiento económico. Al respecto hay que señalar que se reconocen cuatro incentivos, a saber: inventar, divulgar las invenciones, inventar “sobre” otra invención previa e invertir en la comercialización de las invenciones, siendo el más importante el de invertir. (Juez Giles Rich del CAFC citado en Otero Lastres, p. 146, 2001)

Robert Sherwood en su obra *Intellectual Property Systems and Investment Stimulation* evalúa y clasifica los regímenes de propiedad intelectual de diferentes países así como el régimen GATT-ADPIC empleando una escala de 0 a 100. Algunos de los resultados

numéricos son: Argentina, 39; India, 46; Perú, 61; Chile, 62. (Otero Lastres, p. 146, 2001)

El ADPIC no tiene un resultado más alto en tanto se trata de un sistema de niveles mínimos, es decir, se trata de un suelo y no de un techo, que más que estimular la inversión, simplemente reduce los conflictos comerciales. Sherwood apela entonces a que el nivel de protección del ADPIC es bueno en tanto apoya la inversión privada en la venta, distribución, montaje y fabricación de piezas, no obstante en su opinión se requiere de un mayor nivel de protección para estimular la inversión privada en la fabricación completa, promoción del producto e investigación privada.

Los defensores del régimen responden al argumento de sus críticos en el que se señala que el régimen de patentes es un “traje hecho a la medida”, que satisface los intereses y beneficia únicamente a las grandes potencias, los detractores sostienen tal argumento señalando que son pocas las oficinas y las empresas que controlan la mayor cantidad de patentes a nivel mundial.

Como veremos en detalle más adelante tal argumento se sustenta en cifras como las proporcionadas por la UNCTAD, donde se determina que a mediados de los setenta de los 3.5 millones de patentes registradas, los países periféricos habían concedido alrededor de 200.000, es decir apenas el 6% y de ellas cinco de cada seis patentes las poseían extranjeros, por lo tanto sólo una sexta parte, el 1% del total mundial, se hallaba en manos de nacionales de países en desarrollo.

Por lo tanto aproximadamente del 90 al 95% de las patentes otorgadas por los países de la periferia no fueron empleadas en los procesos de producción de esos países, inclusive en algunos casos las tasas de utilización fueron inferiores al 1% de las patentes registradas, como en el Perú, donde la tasa de utilización de patentes fue inferior, en 1975, a un 0,5%. El Ecuador no es caso aparte y responde a la situación y tendencias anotadas para los países periféricos, de este modo en 1997, de 397 patentes registradas, apenas dos, es decir el 0,5% fueron concedidas a ecuatorianos.

Sin embargo los defensores del régimen de patentes explican que el hecho de que la mayoría de patentes se conceda a extranjeros en países en vías de desarrollo no quiere decir en absoluto que el régimen de patentes sea sólo para extranjeros y que beneficie y satisfaga sólo a ciertos estados hegemónicos, pues observan que este mismo fenómeno ocurre en todos los países industrializados, con excepción de Japón y EEUU, e inclusive en este último casi la mitad de todas las patentes concedidas pertenece a extranjeros.

También responden a la crítica que se basa en que la tecnología es “patrimonio común de la humanidad” (Otero Lastres, p. 147, 2001) y que las patentes atentan abiertamente contra esto ya que constituyen monopolios. Para los defensores del régimen esta crítica parte de un error que ha ocasionado muchos problemas, pues una patente, al igual que cualquier otra forma de propiedad intelectual como tal, jamás puede ser un monopolio. (Otero Lastres, p. 146, 2001)

En su opinión la divulgación de una invención que ha revolucionado la industria no es sino el ejemplo típico del funcionamiento ideal del régimen de patentes. Si el titular de una patente o licencia disfruta de un copioso volumen de ventas, ello es también ejemplo de cómo dicho régimen sirve de incentivo y promotor de trabajos útiles. (Otero Lastres, p. 148, 2001)

Entonces una patente no constituye un monopolio, ni siquiera uno limitado y legal o provisional, pues aquel es algo de dominio público que deja de serlo cuando el Gobierno se lo cede a una persona, y una invención es algo que no existía antes y que por lo tanto no era de dominio público.

Es algo novedoso que, tras su divulgación mediante la concesión de la patente, enriquece dicho dominio con el conocimiento aportado por la invención y que, una vez que vence la patente, pasa a ser de dominio público para ser usado libremente por cualquiera. (Otero Lastres, p. 150, 2001)

Entonces una patente no concede el derecho positivo de fabricar, usar y vender la invención patentada, sino que simplemente concede el derecho negativo de impedir que

terceros fabriquen, usen y vendan dicha invención; y el público cuenta casi siempre con otras alternativas de trabajos previos, alternativas que son obvias y, por lo tanto, no patentables, y alternativas que ofrecen invenciones mejoradas, además señalan que la propiedad o derecho de patente sufre serias restricciones en lo que se refiere a su duración, alcance y explotación abusiva, como para que se pueda considerar un monopolio.(Otero Lastres, p. 150, 2001)

Otro punto controversial para los detractores del régimen ha sido el patentamiento de los productos farmacéuticos quienes consideran que las invenciones en el ámbito alimenticio, farmacéutico y biotecnológico son demasiado importantes como para ser patentadas, pero para los defensores del régimen resulta todo lo contrario; precisamente por su elevado interés público son demasiado importantes como para no ser patentadas, es decir que, cuanto mayor es el interés público, mayor es la necesidad de amparo y, junto con ello, la necesidad de ofrecer un incentivo para la inversión. Ello se sostiene incluso en la resolución judicial del caso Chakrabarty del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1980, en la que se explica que “todo cuanto existe bajo el sol hecho por el hombre” es patentable. (Otero Lastres, p. 150, 2001)

Por lo tanto la doctrina que promueve y defiende al régimen de propiedad intelectual y de patentes, plantea la necesidad de contar con un sistema fuerte y para el efecto señala que es importante modernizar y consolidar la legislación nacional en el ámbito de la propiedad intelectual, así como implantar una administración de propiedad intelectual eficaz, que promueva la adhesión a todos los tratados internacionales importantes sobre la propiedad intelectual; la publicidad y familiaridad de todos los sectores sobre la importancia de la propiedad intelectual en el desarrollo económico y cultural; las mejoras de los mecanismos judiciales para la observancia y defensa de los derechos de la propiedad intelectual, y el establecimiento de sistemas y oficinas regionales centralizadas de propiedad intelectual. (Otero Lastres, p. 158, 2001)

Destacan también que el interés del ADPIC y del régimen no es aprovecharse de la precaria situación de los países en desarrollo, como ejemplo de ello explican que la

implementación del ADPIC no fue inmediata para todos los estados, y señalan que fue gradual respecto de los países en desarrollo²⁷ y menos desarrollados.

2.2.2. Evidencia empírica sustentada en lo atinente a Patentes

Los orígenes sobre la patente podemos encontrarlos en “el Senado de Venecia en 1474, en el estatuto de monopolios inglés de 1623, y en el estatuto francés de 1762, estos documentos concibieron a la patente como un favor en beneficio del inventor, un monopolio basado en la novedad y en la utilidad objetiva del invento, expuesto a la eventualidad de declararlo caduco si no era utilizado.” (De Cordova: 2001: 27)

Como señala Robert Sherwood “La patente es un derecho temporario que impide a terceros apropiarse de una invención original útil y no evidente.” (Sherwood: 1997: 35), por lo tanto podemos decir que se trata de una “...solución técnica concreta para un problema técnico concreto.” (De Cordova: 2001: 28)

La gama de materias que se consideran patentables se ha ido extendiendo conforme el apareamiento de nuevos campos de tecnología. El reconocimiento internacional de las patentes nacionales se ha consolidado a partir de la Convención de París del año 1883.

Los defensores del régimen de Propiedad Intelectual sostienen que las patentes tienen por objeto el generar una base del desarrollo, mediante la inversión extranjera y el estímulo a los inventores, que además busca evitar la duplicidad de los gastos en investigación y desarrollo y permite identificar nueva áreas de tecnología. Al respecto Robert Sherwood destaca que “La protección que brinda la patente estimula a quienes desarrollan y comercializan la tecnología moderna en todos los campos. Estimula la investigación y el desarrollo técnico en todos los niveles de la actividad económica, facilita el traslado de la tecnología desde los centros de investigación al mercado, y sirve como imán con respecto al financiamiento privado para el desarrollo de nueva tecnología.” (Sherwood: 1997: 35).

²⁷ Los países en desarrollo debieron cumplir con el ADPIC a partir del año 2000 y los menos adelantados tuvieron un período adicional de 6 años.

Al respecto podemos señalar que los regímenes de patentes de procedimiento presentan ventajas sustanciales para las industrias durante sus primeras etapas de desarrollo, por ejemplo la ley de patentes de Alemania, de 1877, fue sumamente beneficiosa para la industria química, la cual, por un período de tres décadas, se convirtió en líder de la industria mundial, del mismo modo la ley de Japón de 1921 brindó estímulos similares al crecimiento de los sectores químicos y farmacéuticos.

Actualmente varios países en desarrollo, como India, han reconocido sólo patente de procedimiento para la industria química, incluyendo droga y productos farmacéuticos, lo cual les posibilitó llevar a cabo procedimientos innovadores en esta industria. Sherwood también señala que “Hasta los países pequeños en vías de desarrollo se benefician con la protección que brinda la patente, particularmente al estimular la inventiva en la industria y en la agricultura local” (Sherwood; 1997, p. 35).

Además manifiesta que: “En los países en vías de desarrollo la reforma sobre las patentes se analiza, prácticamente, en forma exclusiva con respecto a la protección de la industria farmacéutica.” (Sherwood; 1997, p. 36). Cuestión que en su criterio constituye una visión sesgada del tema, pues no se aprecian los beneficios que pueden resultar de una real protección de las patentes en general, entre los que destaca el estímulo a la inversión extranjera y a los inventores.

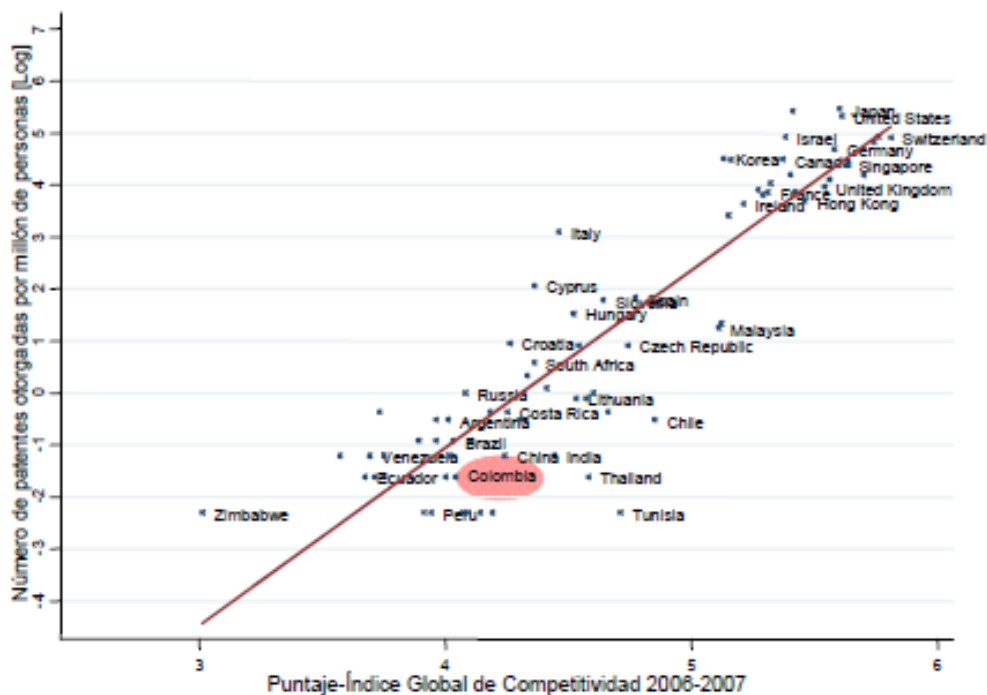
Bajo esta lógica los defensores del régimen destacan que el ADPIC se ha constituido como el paraguas bajo el cual la universalización de las normas de propiedad intelectual ha sido posible y destacan el carácter equilibrado y adecuado del acuerdo al señalar que la OMC hasta 1994 contó con 152 miembros, mientras que actualmente tiene 152 miembros y 31 países observadores que con excepción del Vaticano, deberán iniciar las negociaciones de adhesión, por lo que pronto la OMC contará con 183 países miembros, igualando prácticamente a Naciones Unidas, que tiene actualmente 192 miembros, es decir más del 95% de los países reconocidos por ONU actualmente son parte de la OMC.

La OMPI, también argumenta que el nivel de desarrollo es directamente proporcional con la inversión realizada en investigación. En consecuencia el número de patentes

solicitadas y registradas es el indicador adecuado para medir el nivel de desarrollo de un país, ya que además de constituir un dato medible, representa el instrumento legal que protege y promueve la inversión y la investigación académica. Entonces se considera que en aquellos países en donde se invierte mucho en investigación y desarrollo, se tiende a registrar, proporcionalmente con su densidad poblacional, un mayor número de solicitudes de patente. Tal es el caso de los Estados Unidos de América, el Japón, China, Alemania, Francia, el Reino Unido, la República de Corea, entre otros.

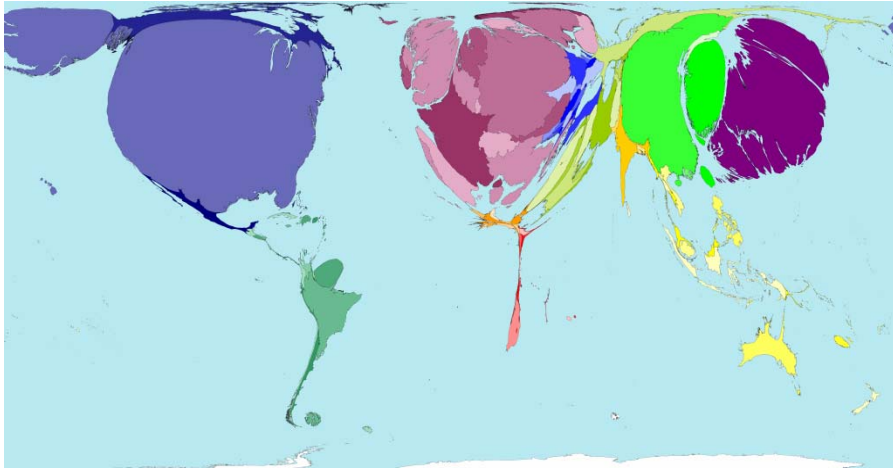
De este modo, se sustenta en información estadística como la siguiente:

Gráfica 1: Patentes otorgadas por millones de persona



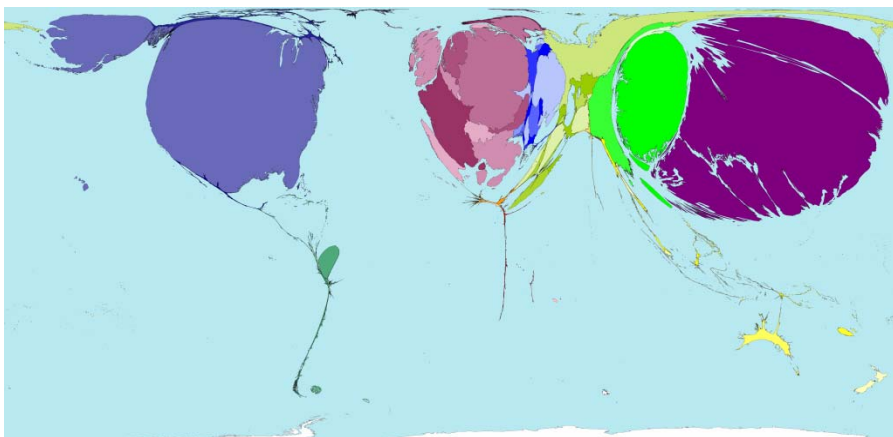
Fuente: World economic fórum (<http://www.derechodeautor.gov.co/htm/Planeacion/Audiencias%20Publicas/2008cp3533.pdf>, visitado el 30 de noviembre de 2011)

Gráfica 2: Inversión en investigación y desarrollo



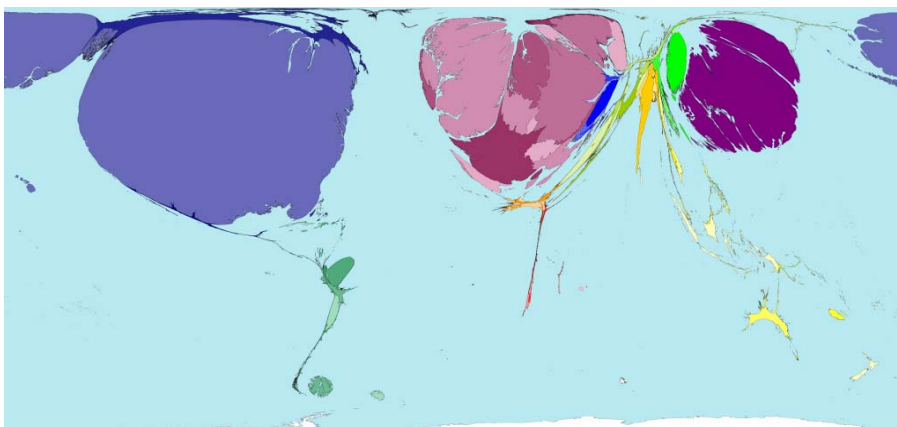
(Castañón, 2011)

Gráfica 3: Patentes concedidas



(Castañón, 2011)

Gráfica 4: Regalías por derechos de Propiedad Intelectual



(Castañón, 2011)

Como se observa de las gráficas existe una proporción directa entre inversión en investigación y desarrollo y patentes concedidas, corroborando pues la afirmación de la postura liberal.

Pero además nos permite apreciar que la Propiedad Intelectual, constituye un instrumento para generar desarrollo, ya que su explotación implica ingresos económicos a través de sus regalías y ello permite el desarrollo del sector privado y la implantación de políticas públicas, que viabilizan el desarrollo.

En el marco de la agenda para el Desarrollo, desarrollado por la OMPI, se han establecido 45 recomendaciones, en lo atinente al objeto de estudio del presente trabajo cabe destacar la octava que insta a solicitar a la OMPI la celebración de acuerdos que faciliten a las oficinas nacionales de los países, acceder a las bases de datos especializadas para realizar búsquedas en materia de patentes.

La novena plantea solicitar a la OMPI, con el apoyo de los estados miembros la creación de una base de datos “destinada a responder con los recursos disponibles a las necesidades específicas de desarrollo relacionadas con la P.I., ampliando el alcance de sus programas de asistencia técnica, con el fin de colmar la brecha digital.” (OMPI, “Las 45 recomendaciones adoptadas en el marco de la Agenda de la OMPI para el Desarrollo”)

Mediante la recomendación décima se insta a los Estados miembros a promover y optimizar la capacidad del instituto nacional de Propiedad Intelectual, para que de este modo ellas sean eficaces a la hora de equilibrar la protección de la propiedad intelectual y el interés público.

La recomendación décimo primera resulta particularmente interesante pues busca “Ayudar a los Estados miembros a fortalecer la capacidad nacional para la protección de las creaciones, las innovaciones y las invenciones, y fomentar el desarrollo de la infraestructura científica y tecnológica de los países, cuando sea necesario, con arreglo

al mandato de la OMPI” (OMPI, “Las 45 recomendaciones adoptadas en el marco de la Agenda de la OMPI para el Desarrollo”)

De su lado la recomendación vigésima segunda señala que las actividades normativas de la OMPI deben contribuir a la consecución de los objetivos de desarrollo de la Declaración del Milenio y los aceptados dentro del sistema de Naciones Unidas.

En este sentido la actividad normativa deberá abordar cuestiones como: “a) la salvaguardia de la aplicación nacional de normas sobre propiedad intelectual; b) la relación entre la P.I. y la competencia; c) la transferencia de tecnología en materia de P.I.; d) las posibles flexibilidades, excepciones y limitaciones de los Estados miembros y; e) la posibilidad de establecer nuevas disposiciones especiales para los países en desarrollo y los PMA (...)” (OMPI, “Las 45 recomendaciones adoptadas en el marco de la Agenda de la OMPI para el Desarrollo”)

La recomendación vigésima quinta promueve el estudio de aquellas políticas de propiedad intelectual que son necesarias para fomentar la transferencia y la difusión de tecnología en pro de los países en desarrollo, así como adoptar las medidas adecuadas para que los países en desarrollo puedan comprender y beneficiarse plenamente de las flexibilidades previstas en los acuerdos internacionales.

La recomendación vigésimo sexta busca promover en los estados miembros, sobretodo en los desarrollados, la cooperación y el intercambio de conocimiento con las instituciones de investigación y desarrollo de los países en desarrollo.

Como trigésimo primer punto se plantea la necesidad de “solicitar a la OMPI que proporcione mejor acceso a la información pública sobre patentes(...)” (OMPI, “Las 45 recomendaciones adoptadas en el marco de la Agenda de la OMPI para el Desarrollo”)

Finalmente la recomendación cuadragésima quinta considera que la observancia de los derechos de propiedad intelectual debe ser vista desde el punto de los intereses generales de la sociedad y de los objetivos orientados a impulsar el desarrollo, dado que

“la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberá contribuir al fomento de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimiento tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”, conforme a lo señalado en el Artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC.” (OMPI, “Las 45 recomendaciones adoptadas en el marco de la Agenda de la OMPI para el Desarrollo”)

Claramente se puede apreciar que la postura de la OMPI, es fortificar el régimen de Propiedad Intelectual, pues se lo considera como un mecanismo y un instrumento necesario para el desarrollo.

En el tema concreto de patentes, buscan establecer una base de datos global que vincule y determine el estado de la técnica y el nivel inventivo de las solicitudes que se presenten en el futuro. De este modo se vincularía a las oficinas nacionales a reconocer el derecho de explotación monopólica y exclusiva conforme a lo señalado en dicha base de datos.

Estas recomendaciones además nos permiten observar en lo atinente a las patentes, que ellas son concebidas como un mecanismo que tiene por objeto impulsar el desarrollo ya que se las considera la herramienta clave para contribuir con el fomento de la innovación, la transferencia y la difusión tecnológica.

En lo concerniente al caso particular de las patentes farmacéuticas, existe un amplio consenso, por parte de los defensores del régimen, sobre todo en los países más adelantados, respecto del papel que las patentes y los demás derechos de propiedad intelectual pueden desempeñar en el fomento de la investigación y el desarrollo, aplicados al campo de la salud.

Las patentes farmacéuticas confieren derechos monopólicos y exclusivos relativos a la producción, venta y uso de la materia patentada, ello limita la competencia y permite el establecimiento de precios más elevados que los que existirían, de contarse con otros

productores. Este derecho de exclusiva, en opinión de los defensores del régimen, se establece con el objeto de “incentivar las inversiones en el desarrollo de nuevos productos y procedimientos.” (Correa; 2006, p. 1)

Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI el caso de la industria farmacéutica mundial constituye “un esfuerzo de muchos años y gastos en la investigación y desarrollo (tiempo de elaboración necesario para la creación, la realización de pruebas, los procesos de aprobación de las autoridades gubernamentales) equivalentes a centenares de millones de libras esterlinas (o yen, rand, liras, dólares) pueden ser necesarios antes de que un nuevo medicamento llegue al mercado.

Sin los derechos de propiedad intelectual que permiten excluir a los competidores de la realización de ese nuevo medicamento, la empresa farmacéutica que crea ese nuevo compuesto no tendría ningún incentivo para invertir el tiempo y los esfuerzos antes citados con el fin de crear esos medicamentos.” (DL 101S, p.8 Módulo I).

La OMPI incluso señala que “Sin la protección otorgada mediante leyes y tratados de propiedad intelectual, esas empresas farmacéuticas simplemente no invertirían ningún esfuerzo en la búsqueda de nuevos productos para la salud...” (DL 101S, p.8 Módulo I) e incluso afirma que “el mundo sería literalmente menos saludable de lo que es.”(DL 101S, p.8 Módulo I).

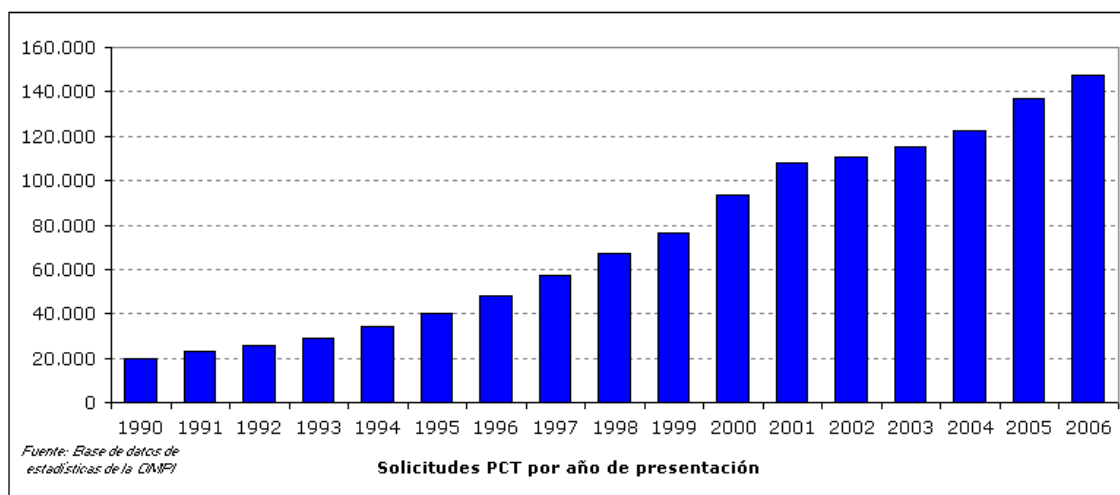
Así pues bajo esta perspectiva, sin la protección por patente, las empresas farmacéuticas no encontrarían motivación para la investigación puesto que ellas tendrían que hacer frente a una serie de pérdidas producto del “oportunisto” de sus competidores.

Del mismo modo, de no contar con la protección de un signo distintivo, la farmacéutica no podría desarrollar una lealtad ‘marcaria’ sobre el público consumidor, la que bien puede sobrevivir más allá del tiempo de protección de la patente.

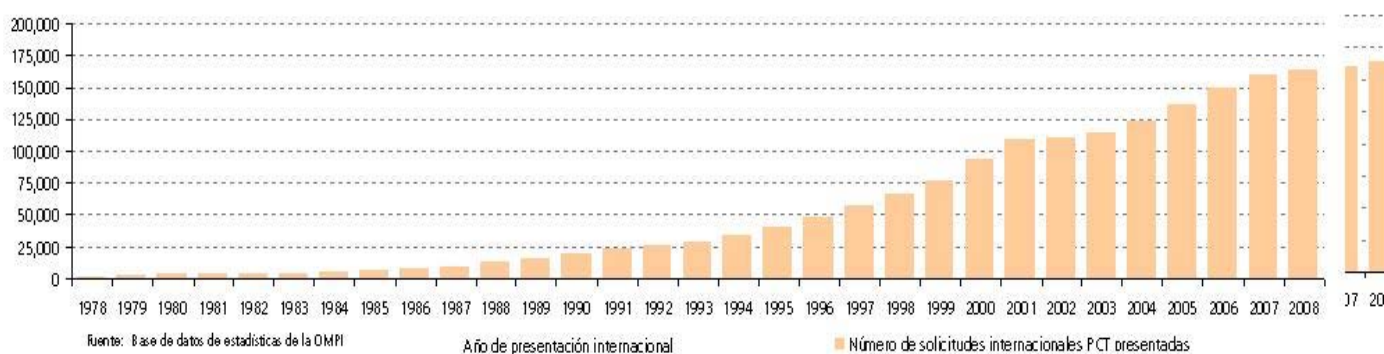
Esta situación ha sido determinante a la hora de contribuir con el robustecimiento del sistema del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) para la presentación de solicitudes internacionales, que empezó a funcionar en 1978, y desde entonces el

volumen de su utilización no ha dejado de crecer, conforme podemos apreciar en las gráficas siguientes:

Gráfica 5: Solicitudes PCT por año de presentación



Gráfica 6: Número de solicitudes internacionales PCT presentadas 1978-2008



El número de solicitudes internacionales PCT ha aumentado en un 7,9% durante los años 2005 y 2006, hasta totalizar 147.500, así para el año 2008 se presentaron 163600 solicitudes internacionales PCT y el número de solicitudes internacionales PCT pasó de 93.237 en 2000 a 147.500 en 2006, lo cual refleja un aumento anual medio del 7,9%, es importante señalar que durante el decenio de 1990, se convirtió en el principal medio de presentación de solicitudes internacionales de patente. De este modo desde el año 1978 hasta el año 2008 se han presentado alrededor de 1.649.698 solicitudes internacionales PCT.

En opinión del Sr. Francis Gurry, Director General Adjunto de la OMPI, “El PCT se ha convertido en el principal medio de presentación de solicitudes de patente en el ámbito internacional y la OMPI está firmemente decidida a seguir mejorando el sistema para que continúe siendo una opción eficiente y rentable”. (OMPI, “El Informe de la OMPI sobre Patentes confirma la creciente internacionalización de la actividad innovadora”)

Además aseguró que actualmente “El PCT constituye la vía de presentación más importante para las solicitudes internacionales de patente, y se calcula que el 49% de ese tipo de solicitudes se presentan por medio de ese mecanismo.” (OMPI, “El Informe de la OMPI sobre Patentes confirma la creciente internacionalización de la actividad innovadora”)

Asimismo, añadió: “El informe, que forma parte del empeño constante de la OMPI por mejorar las informaciones estadísticas sobre las actividades en el ámbito de las patentes, permite a los usuarios analizar y supervisar la evolución más reciente en ese campo, tomando como base informaciones objetivas y detalladas”. (OMPI, “El Informe de la OMPI sobre Patentes confirma la creciente internacionalización de la actividad innovadora”)

Todo ello, debido a que en su opinión, así como en la de los defensores del régimen, el sistema de patentes tiene cada vez mayor importancia en el ámbito de las políticas, por lo que conocer de manera adecuada la “evolución y el uso del sistema de patentes es fundamental para comprender los debates de política que atañen a la función de la propiedad intelectual al servicio del crecimiento y desarrollo económicos, la relación existente entre la política de propiedad intelectual y otras cuestiones fundamentales de política pública como la salud y el medio ambiente, y las iniciativas para fomentar la eficacia del sistema”. (OMPI, “El Informe de la OMPI sobre Patentes confirma la creciente internacionalización de la actividad innovadora”)

De este modo bajo esta visión se observa a la propiedad intelectual como un instrumento necesario para fomentar el desarrollo, así como para asegurar el

crecimiento económico, es decir se visualiza a la propiedad intelectual como una herramienta indispensable para alcanzar el desarrollo económico, tecnológico y social.

Para los defensores del régimen más allá de cualquier consideración crítica, lo cierto es que la evidencia empírica revela que el régimen de propiedad industrial en el ámbito de patentes se ha fortalecido, cuestión que en su opinión es prueba irrefutable de la necesidad de su existencia como mecanismo para el desarrollo.

Según las reseñas anuales de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, el número de solicitudes de patente presentadas en todo el mundo ha crecido a un ritmo anual del 4,7%²⁸ desde 1995 hasta superar la cifra de 1,6 millones de solicitudes en 2005, conforme se puede observar en el siguiente cuadro:

Tabla 1: Número total de solicitudes de patente presentadas y de patentes concedidas

Cuadro 4						
Año	Total de solicitudes presentadas directamente por residentes*	Total de solicitudes presentadas directamente por no residentes*	Entradas en la fase nacional del PCT*	Solicitudes internacionales PCT	Total de patentes concedidas a residentes*	Total de patentes concedidas a no residentes*
1996	701,300	263,100	109,400	48,217	350,000	173,400
1997	721,100	260,400	146,900	57,064	307,800	176,300
1998	736,300	278,400	158,800	67,062	332,500	197,100
1999	775,100	272,400	195,900	76,358	349,500	212,400
2000	855,900	293,400	225,400	93,239	307,000	199,200
2001	861,200	295,200	271,400	108,230	309,400	208,800
2002	859,600	274,500	292,300	110,392	321,700	212,700
2003	892,800	290,900	287,000	115,199	349,400	252,700
2004	918,500	298,200	326,700	122,628	354,100	251,400
2005	975,200	326,400	351,000	136,663	356,800	246,700
2006				147,500		

Fuente: Base de datos estadísticos de la OMPI

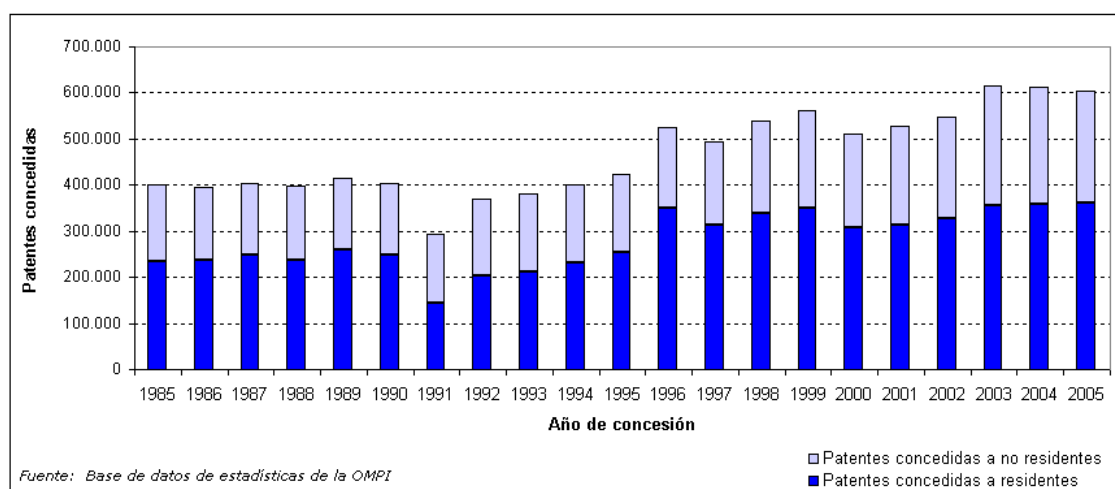
Cantidades redondeadas por disponer sólo de estadísticas estimadas

En lo que respecta al número de patentes concedidas, el índice medio anual de crecimiento de las patentes concedidas entre los años 1995 y 2005 es del 3,6%.

Además la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI señala que el número de solicitudes internacionales de patente presentadas en el marco del PCT en el 2007 ascendió a 158.400, lo que supone un aumento del 5,9% con respecto al año 2006.

28 Según el informe sobre patentes de 2007 de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ([http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/patentreport 2007.html](http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/patentreport%202007.html), en línea, visitada el 25 de agosto de 2012.), el número de solicitudes de patentes presentadas en todo el mundo refleja una tasa media de crecimiento del 4,7%

Gráfica 7: Patentes concedidas entre el año 1985 y 2005



Conforme se puede apreciar de la gráfica, la OMPI destaca también, que sólo en el año 2005, a nivel mundial se concedieron 600.000 patentes aproximadamente, y que para finales de ese año estaban vigentes en todo el mundo aproximadamente 5,6 millones de patentes.

De este modo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI y la Organización Mundial del Comercio OMC nos hacen notar que el índice de aumento de patentes, guarda proporción directa con el crecimiento general de la actividad económica en el mundo.

Promoviendo entonces la idea de que el régimen de propiedad intelectual no es un instrumento que favorece solo a los países industrializados, ni que tampoco se trata de ‘un traje construido a su medida’, al contrario ellos explican que bien puede ser aprovechado por cualquier país que asigne recursos a la investigación y al desarrollo.

En su opinión entonces, existe una alta correspondencia entre el gasto en investigación y desarrollo y el volumen de solicitudes de patente presentadas. Entonces, como ya mencionamos, en aquellos países donde se invierte mucho en investigación y desarrollo, tiende a registrarse un mayor número de solicitudes de patente presentadas por habitante, como se ha observado en los Estados Unidos de América, el Japón, China, Alemania, Francia, el Reino Unido, la República de Corea, entre otros.

Es por ello que para la OMPI, la razón por la que los estados promulgan legislación nacional y se adhieren en calidad de signatarios a tratados regionales e internacionales que rigen los derechos de propiedad intelectual, como los ADPIC tienen que ver con la capacidad para:

“crear incentivos para los esfuerzos creativos de la mente mediante el ofrecimiento de una protección; ...proporcionar un reconocimiento oficial a esos creadores; ...crear archivos de información vital;... facilitar el crecimiento tanto de la industria o cultura nacionales como del comercio internacional mediante tratados que ofrecen una protección multilateral.” (DL 101S, p.9 Módulo I)

De este modo el establecimiento de un cuadro normativo internacional, si bien podría limitar el accionar y el libre albedrío de los estados en la materia; para expertos en el tema, como Carlos Correa, Acuerdos como los ADPIC “establecen una serie de limitaciones que buscan el bienestar y la ganancia colectiva, pues aseguran que la legislación sobre patentes de los países en desarrollo consideren servir los intereses de todos los grupos sociales y tener en cuenta los objetivos de la política de salud, y en particular las necesidades de la población de menores recursos.” (Correa; 2001, p. 2)

En este sentido señala además que el: *“Acuerdo sobre los ADPIC ha introducido un marco internacional nuevo e importante para los derechos de propiedad intelectual, que a su vez encierra serias repercusiones para el sector de la salud. El Acuerdo especifica obligaciones detalladas en lo tocante a la protección de las invenciones, entre ellas:*

- *Reconocer patentes para invenciones en todos los campos de la tecnología, con excepciones limitadas;*
- *No hacer discriminaciones en lo que se refiere a la disponibilidad o disfrute de los derechos de patente;*
- *Otorgar los derechos de patente por un plazo no inferior a veinte años desde la fecha de la solicitud;*
- *Limitar el alcance de las excepciones a los derechos de patente y conceder licencias obligatorias sólo bajo determinadas condiciones;*
- *Hacer cumplir los derechos de patente de manera efectiva.”(Correa; 2001, p. 3)*

Del mismo modo para la Organización Mundial del Comercio OMC los derechos de propiedad intelectual se protegen porque “aquellos promueven el estímulo y la recompensa de la labor creadora (configurándose esta como una finalidad de tipo social); La innovación tecnológica (a fin de proteger los resultados de las inversiones en

el desarrollo de nueva tecnología, con el fin de que haya incentivos y medios para financiar las actividades de investigación y desarrollo.)...” (OMC, Curso on-line, 2011, p.40)

“...La competencia leal que procura estimular y garantizar la competencia leal entre los productores; La protección del consumidor que busca beneficiar a los consumidores, haciendo que puedan identificar la procedencia y el origen empresarial para que de este modo puedan elegir con conocimiento de causa entre los diversos productos y servicios; Transferencia de tecnología”, ya que para la Organización Mundial del Comercio OMC, “un régimen de propiedad intelectual efectivo debe facilitar también la transferencia de tecnología mediante inversiones extranjeras directas, empresas conjuntas y concesión de licencias.” (OMC; Curso on-line, 2011, p.40).

Además propicia la generación de equilibrio entre derechos y obligaciones, cuestión que está relacionada con el hecho de que si bien un régimen de propiedad intelectual confiere determinados derechos monopólicos y de exclusiva, ellos deben estar sujetos a ciertos límites y excepciones que deben propender a establecer un equilibrio entre los titulares de dichos derechos y los usuarios. Así entonces, se reconoce el derecho de los miembros a adoptar medidas por razones de salud pública y de otros intereses públicos, como a prevenir el abuso de los derechos de la propiedad intelectual (Rey; 2006, p.491), de este modo se construyen figuras como la de las licencias obligatorias dentro del ámbito de patentes, sobretodo en lo que respecta al tema farmacéutico y la salud pública.

Además respecto del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC la Organización Mundial del Comercio OMC señala que los objetivos de él se encuentran previstos en su preámbulo y ellos propenden a la reducción de las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo (Bergel, p. 51-52, 1997), además promueven una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual”, “y la necesidad de asegurarse que las medidas y los procedimientos destinados a hacer respetar estos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo.” (OMC; Curso on-line, 2011, p.45).

Nótese en este último objetivo la carga ideológica de la Organización Mundial del Comercio, que considera como comercio legítimo a todas aquellas prácticas que no contravienen la libre circulación de productos y servicios, situación que guardan conformidad con las políticas y las prácticas de corte liberal.

Otro hecho que refleja el fortalecimiento del régimen en tema de patentes tiene que ver con el número de Estados parte en el PCT, que pasó de 105 en enero de 2000 a 136 en diciembre de 2006. A ello debemos sumar que a partir del año 2006 aumentó la actividad relativa a las patentes en los países con economías en auge. Las oficinas de patentes de la India (24.505), Brasil (24.505) y México (15.505) recibieron un gran número de solicitudes de registro de patente durante ese período.

Tabla 2: Los 20 países en desarrollo con el mayor número de solicitudes internacionales PCT presentadas durante el año 2008.

Paises de origen entre determinados paises en desarrollo	2004	2005	2006	2007	2008
República de Corea	3,558	4,688	5,944	7,061	7,908
China	1,706	2,503	3,951	5,441	6,089
India	724	679	831	901	753
Singapur	431	443	476	528	568
Brasil	278	271	333	396	444
Sudáfrica	411	358	423	406	376
Turquía	115	174	269	358	361
México	118	141	180	187	207
Malasia	45	38	60	108	174
República Checa	95	117	107	131	152
Ucrania	89	60	77	94	96
Egipto	53	51	41	40	46
Colombia	22	23	29	45	39
Estonia	12	13	17	30	34
Bulgaria	24	21	24	30	28
Argentina	11	20	20	32	23
Chile	6	9	12	17	23
Tailandia	12	9	11	7	17
Filipinas	11	26	23	17	14
Marruecos	7	9	10	18	12
Todos los demás	199	183	223	203	161
Total	7,927	9,836	13,061	16,050	17,525

Fuente: Base de datos de estadísticas de la OMPI

Estas cifras en opinión de los pensadores de la teoría liberal refleja claramente el crecimiento del régimen, situación que bajo la perspectiva liberal sólo podría alcanzarse a través de la lógica de la cooperación y las ganancias absolutas.

Por tanto constituiría una clara evidencia empírica de que el régimen se diseñó y se construyó en base del consenso y la anuencia de todos los miembros, puesto que aquel a

través de la creación de normas, procedimientos y tomas de decisión que promueven el establecimiento del orden, la paz y el bien común busca el beneficio colectivo.

Entonces estas cifras a criterio de los defensores del régimen de propiedad intelectual, no hacen sino reflejar el grado de aceptación que tiene aquel, y para ellos constituye una de las pruebas de que aquel es fruto del consenso y del dialogo que tiene por objeto asegurar el bien común.

En consecuencia una lectura próxima a los postulados de la escuela liberal de las relaciones internacionales el origen, la génesis y el desarrollo del régimen de propiedad intelectual no sería fruto del interés del hegemón, sino de la lógica de cooperación que funciona bajo la premisa del ganar – ganar.

Entonces para la perspectiva liberal el establecimiento de normas, instituciones y regímenes internacionales aseguran el establecimiento de determinadas condiciones que posibilitan el desarrollo de los países miembros, en consecuencia sugiere que es necesario “cooperar para converger,... y fomentar el comportamiento cooperativo (la cooperación para la cooperación) entre los Estados, es la función principal de un régimen internacional...” (Dorn; 1998, p. 60), puesto que las causas que viabilizan su preservación y mantenimiento responden a la expedición de normas y reglas que benefician a todos.

En lo que respecta al sector farmacéutico hay que señalar que los defensores del régimen destacan que el cambio experimentado por algunos países periféricos, en donde se paso de un sistema débil y permisivo hacia un sistema maduro de propiedad intelectual, que finalmente permitió el patentamiento de productos farmacéuticos, mostró un incremento de las inversiones industriales y en investigación y desarrollo, a modo de ejemplo citan casos como el mexicano, en donde desde la reforma de 1991 la inversión farmacéutica que incluye activos fijos, investigación, desarrollo y entrenamiento, pasó de 24 millones, registrados en 1990, a 120 millones de dólares en 1995.

En el caso brasilero ocurrió algo similar, con la expedición de la ley de 1996, se proyectó una inversión farmacéutica de más de dos mil millones de dólares hasta el año 2000, de los cuales se previó que doscientos millones se invertirían en investigación y desarrollo. (Otero Lastres:2001: 90)

No obstante, como veremos, los críticos señalan que si esto se replicara en todos los países periféricos, aún en aquellos pequeños con mercados modestos, como Ecuador deberían recibir de los laboratorios farmacéuticos una importante cifra en inversiones. Hecho que no se ha dado, o al menos no se conoce que se haya producido.

Entonces al “crear expectativas comunes sobre las conductas que resultan apropiadas y elevar el grado de transparencia en un ámbito determinado de la política, los regímenes internacionales propician que los Estados (y otros actores) cooperen con el fin de obtener ganancias comunes...” (Hasenclever, Mayer y Rittberger; 1997, p.507)

Por lo tanto bajo esta perspectiva

La cooperación se produce cuando los actores adaptan sus conductas a las preferencias presentes o anticipadas de otros, por medio de un proceso de coordinación de políticas. Para resumirlo de manera más formal, la cooperación intergubernamental se lleva a cabo cuando las políticas seguidas por un gobierno son consideradas por sus asociados como medio de facilitar la consecución de sus propios objetivos, como resultado de un proceso de coordinación de políticas...La discordia a menudo conduce a esfuerzos destinados a inducir a otros a que cambien sus políticas: cuando estos esfuerzos hallan resistencias, el resultado es el conflicto de políticas. No obstante, si estos intentos de adaptación de políticas logran tornar esas políticas más compatibles, se produce la cooperación... (Keohane, 1988: p.74-75)

Es por ello dirán los defensores del régimen de propiedad intelectual que su establecimiento, creación y desarrollo es un fenómeno que se ha ido presentando a lo largo del tiempo, a través de varias décadas. Señalarán además que las normas expedidas y las instituciones creadas provienen del consenso de los países miembros y que nunca han sido impuestas por uno u otro Estado, presentarán como evidencia empírica el tiempo invertido en las rondas de negociación que permitieron la creación y apareamiento de la OMC.

Así, manifestarán que el Acuerdo General sobre aranceles y comercio conocido por sus siglas en inglés como GATT, es un acuerdo internacional que finalmente se concertó en 1947 y que contiene normas y disposiciones que regularon el comercio internacional de mercancías por alrededor de 50 años, hasta la creación de la Organización Mundial del Comercio OMC en 1995.

Harán hincapié en el hecho de que entre 1947 y 1994 las partes contratantes organizaron ocho rondas de negociaciones, siendo la más larga la Ronda Uruguay que duro de 1986 a 1994. De este modo sostendrán que durante este largo período de tiempo se mantuvieron arduas jornadas de negociación mediante las cuales se consiguió poco a poco obtener el consenso de los distintos miembros, por lo que no es posible hablar de imposición hegemónica, ya que de ser así las negociaciones y el tiempo invertido en ellas no hubiera sido necesario ni tan largo tampoco, pues habría bastado la decisión y la imposición del hegemón para que de forma coercitivo imperativa establezca y obligue a la adopción del régimen de propiedad intelectual, además en se recogerían únicamente aquellos principio y postulados que favorezcan a sus intereses, dejando a un lado el interés de los demás países miembros.

Destacan también que la falta de protección adecuada a la propiedad intelectual en sus diferentes manifestaciones no sólo perjudica a las empresas y no sólo se limita a generar confusión en el público consumidor, ya que aquel puede perjudicar la salud de las personas y poner en riesgo la vida de las personas.

Varias empresas como The Procter & Gamble, Sony, Bayer Aktiengesellschaft, entre otras han denunciado una serie de casos en los que varios de sus productos, pastas y cepillos de dientes, hojas de afeitar, shampoos, jabones, productos para el cuidado íntimo, medicamentos, entre otros han sido falsificados y reemplazados por productos de bajísima calidad que ha provocado quemaduras, lesiones, infecciones, transmisión de enfermedades, entre ellas el VIH SIDA, cuestión que claramente no conlleva únicamente un perjuicio comercial, sino un atentado contra la salud pública.

Al respecto, como ya señalamos quienes se oponen al régimen de propiedad intelectual, en términos generales, aseveran que el derecho monopólico y de exclusiva que aquel fomenta genera costos excesivos y genera barreras que impiden y dificultan el acceso a productos necesarios para salvaguardar la vida.

Cabe señalar que las empresas farmacéuticas han procurado adoptar políticas acertadas en materia de patentes a fin de reconocer las circunstancias particulares y especiales de los países en desarrollo. Así por ejemplo a raíz de la aplicación del párrafo siete de la Declaración de Doha, los países menos adelantados han quedado exentos de la obligación de conceder y aplicar patentes farmacéuticas hasta el año 2016.

Por consiguiente, las empresas no podrán disfrutar de los derechos de patente en esos países. Así algunas empresas han adoptado políticas mundiales que intentan abordar las preocupaciones que suscitan sus actuaciones en materia de patentes en los países en desarrollo.

Roche, por ejemplo, señala explícitamente que no registrará patentes para ninguno de sus medicamentos en los 50 países definidos como menos adelantados por la UNCTAD, y se ha comprometido a no registrar patentes de medicamentos contra el VIH nuevos o en fase de investigación en los países menos adelantados y en el África subsahariana, del mismo modo Bristol-Myers Squibb se ha comprometido a no incoar procedimientos de infracción contra las empresas de genéricos en lo que respecta a los medicamentos contra el VIH/SIDA también en el África subsahariana.

Incluso en casos en que empresas farmacéuticas han conservado sus derechos de patente, algunas han cedido licencias voluntarias a la industria de genéricos de países en desarrollo para que desarrolle medicamentos esenciales. Por ejemplo, GlaxoSmithKline ha concedido seis licencias voluntarias para la fabricación de antirretrovirales en África (cinco en Sudáfrica y una en Kenya). Roche también ha declarado que informará sobre la situación de las patentes de los medicamentos antipalúdicos en los países menos adelantados y en el África subsahariana.

Todo ello obedece a que las políticas de las empresas en materia de patentes tiene que ver con consideraciones sobre el tamaño del mercado y los riesgos de copia del producto, de este modo, las patentes no se suelen solicitar o aplicar en los países donde las perspectivas de ventas y beneficios son muy bajas, o donde no existe una protección judicial significativa. Posturas que guardan consonancia con la lógica liberal, bajo la que los regímenes internacionales constituyen “un conjunto de mutuas expectativas, normas y regulaciones, planes, energías organizativas y compromisos financieros que ha sido aceptado por un grupo de estados” (Keohane, 1988: 80).

En esta misma línea Krasner habla de conjuntos de principios explícitos o implícitos, normas, reglas, procedimientos decisionales en torno a los cuales convergen las expectativas de los actores en un área determinada (Keohane, 1988: 80); es decir que las expectativas mutuas, los compromisos, la forma como se toman las decisiones, entre otros factores son características básicas de un régimen internacional, y aquellas no deben ser impuestas, sino aceptados por el grupo, ya que esta voluntad de cooperación es la que le confiere legitimidad al régimen, y a su vez permite su preservación y mantenimiento.

Destacan también la expectativa común y generalizada que muestran los diferentes actores en lo atinente a propiedad intelectual respecto del combate a la piratería en sus diferentes acepciones y manifestaciones, así mientras el titular de una marca notoriamente conocida a través de la propiedad que le confiere un derecho monopólico y de exclusiva busca evitar que existan en el mercado signos similares o posibles imitaciones que puedan provocar riesgo de confusión en el público consumidor y que le puedan representar pérdidas por el aprovechamiento injusto de la reputación ajena y por la confusión suscitada respecto de la procedencia y el origen empresarial, el titular de una patente buscará tener un derecho de producción monopólico, por un espacio de tiempo que sea suficiente como para recuperar la inversión realizada por concepto de investigación.

Así también los autores van a buscar el reconocimiento moral y patrimonial que deviene de la creación de su obra, aún los académicos menos complacientes con el tema de

propiedad intelectual, reconocen la importancia que tiene en los círculos intelectuales el derecho moral derivado de la paternidad de la obra.

Aseveración que se puede apreciar claramente en el hecho de que prácticamente todas las universidades y centros académicos de nivel superior cuentan con manuales y reglamentos que contienen normas y disposiciones referentes a la forma de citación de un texto, así como a las sanciones impuestas por incurrir en plagio académico.

Entonces como vemos, bajo la perspectiva liberal, si bien puede suceder que no a todos los actores les agrada todo el contexto de lo que representa la propiedad intelectual, es inevitable que ellos defiendan una u otra arista de lo que en definitiva conforma parte de ese todo.

Situación que genera las condiciones propicias y adecuadas para la construcción de normas e instituciones que conlleven la universalización de un estándar mínimo de protección de los derechos de propiedad intelectual a través de instrumentos internacionales como el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al comercio (ADPIC).

Los defensores del régimen y entre ellos la OMPI, explican que un sistema de patentes constituye una fuente invaluable de información tecnológica que contribuye al intercambio y a la difusión del conocimiento. Descatan por ejemplo que los bancos de patentes permiten identificar las investigaciones existentes, así como los sectores en los que se está investigando, lo que sirve para observar el potencial de patentabilidad y en consecuencia facilitan la adquisición de tecnología, para de esta forma identificar la que es susceptible de explotación.

Ello permite la obtención de cooperación internacional para el desarrollo de nuevos productos a través de la localización de los posibles aliados, pero además se consigue la divulgación de la tecnología de más reciente publicación y se cuenta con un estado de la técnica actualizado, y a todo ello debemos sumar la protección jurídica que se les confiere a los inventores.

En otras palabras las patentes, aseguran la traducción de los derechos de propiedad intelectual de los titulares, en activos intelectuales que pasarán a formar parte de su patrimonio.

CAPITULO III

3. Propiedad Intelectual: ¿Dictadura o democracia?

3.1. Introducción

Durante el capítulo anterior revisamos las teorías y la evidencia empírica que presenta una lectura “cooperativa” y basada en el interés colectivo del régimen, a lo largo del presente capítulo en cambio buscaremos entender el régimen de propiedad intelectual bajo las premisas de la escuela realista de las relaciones internacionales, donde el interés, el egoísmo y la búsqueda de la ganancia personal e individual constituyen los postulados fundamentales que buscan explicar la creación, existencia y desarrollo del régimen de propiedad intelectual.

De este modo nos referiremos a ciertos eventos o acontecimientos históricos que nos permitan apreciar la perspectiva de la realidad bajo este enfoque. Revisaremos la evidencia empírica que sostiene los argumentos realistas, manifestadas en una serie de datos que tiene por objeto mostrar el interés existente tras la construcción de un régimen que permite el establecimiento del status quo a través de un diseño favorable a las grandes potencias hegemónicas.

En este sentido podremos apreciar una perspectiva del régimen que nos develará su aspecto más oscuro y realista y desvirtuará esa idea de la colaboración universal, mediante la lógica de que los estados al igual que los hombres actuamos de forma interesada y en beneficio propio, entendiendo que aquel se satisface de forma inversamente proporcional con el beneficio y la satisfacción ajena.

Por lo tanto observaremos que la propiedad intelectual y el sistema de patentes son una creación de los estados hegemónicos quienes buscan asegurar su seguridad y beneficio propio, construyendo y diseñando un sistema internacional que fomente una nueva forma de conquista y colonialización a través del comercio, que consecuentemente obstaculice y dificulte el desarrollo de otros estados, pues aquello representa una pérdida de hegemonía y de seguridad y el reparto de la riqueza mundial.

3.2. Argumentos que sostienen una postura contraria al régimen de Propiedad Intelectual:

Empezaremos citando a Stiglitz quien al referirse al régimen de propiedad intelectual señala que aquel "... parece sustituir las antiguas dictaduras de las élites nacionales por las nuevas dictaduras de las finanzas internacionales (Stiglitz, p.342; 2002)

En este sentido los críticos al régimen señalan que si bien en el discurso se buscó promover la liberación comercial de los productos, en la práctica se construyó sobre un marco jurídico que protege aquellos sectores donde los países en desarrollo podían presentar competencia a los países desarrollados y donde se prioriza al productor sobre el consumidor, citando nuevamente a Stiglitz observamos que "En las últimas etapas de las negociaciones de la Ronda de Uruguay, tanto la Oficina de Ciencia y Tecnología como el consejo de Asesores Económicos se inquietaron porque...el acuerdo favorecía a los productores más que a los consumidores...También nos preocupaba las consecuencias de negarles a los pobres medicinas que podían salvar vidas" (Stiglitz, p. 339, 2002)

Resulta pues lógico que los países menos adelantados prefieran promover la transferencia de aquellas tecnologías necesarias para su desarrollo, y preservar y fortalecer la competencia para asegurarse el acceso a productos, servicios y tecnologías en condiciones de mercado más favorables. Además destacan que dada la configuración actual del sistema, sus ciudadanos y empresas tienen poca propiedad intelectual que proteger y no ven por qué han de apoyar normas de protección que podrían negarles o exigirles el pago de ingentes cantidades de dinero para acceder a esa tecnología.

Cuestionan además que una mayor protección a los derechos de propiedad intelectual pueda contribuir a aumentar las importaciones de alta tecnología, señalan también que la transferencia de tecnología podría ser no sostenible, de ahí que no se puede garantizar que su economía "sea capaz de absorber esa tecnología y servirse de ella para realizar innovaciones en el futuro." (Rey; 2006, p.403) Por el contrario sostienen que una protección débil a los derechos de propiedad intelectual "puede ser un medio de acceder

a las tecnologías extranjeras y luego desarrollarlas utilizando la ingeniería inversa, a fin de promover así la capacidad tecnológica nacional.” (Rey; 2006, p.403)

Destacan que si bien los países desarrollados actualmente son los que más protegen los derechos de propiedad intelectual, inicialmente aquello no fue así, explican que inicialmente la práctica común consistía en favorecer la difusión de la información a través de la imitación de productos y tecnologías extranjeras, y sólo otorgar protección a los derechos de propiedad intelectual cuando las empresas nacionales lo requerían, luego del largo proceso del crecimiento económico y de haberse situado como creadoras de conocimiento, por ejemplo “los Estados Unidos, quienes no reconocieron ningún derecho a los autores extranjeros hasta que sus autores nacionales comenzaron a vender fuera del país y a incurrir en pérdidas por falta de reciprocidad...” (Rey; 2006, p.404) en el pago de sus derechos de propiedad intelectual.

Además explican que el costo de administrar y lograr el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual es ingente, Estados Unidos gasta unos 300 millones de dólares al año a fin de mantener en operación su oficina de patentes y marcas (Rey; 2006, p.404). Sin embargo las opiniones favorables al régimen opinan que aquello no necesariamente debe ser así y que de hecho como señala el renombrado jurista Enrique Bercovitz “los países desarrollados ven en las patentes un instrumento de progreso tecnológico a nivel mundial, mientras que los que están en vías de desarrollo les asignan el mismo papel que los propios países industrializados les reconocieron en etapas anteriores de su desarrollo, es decir, el estimular la tecnología y el progreso industrial en el orden nacional.” (Bercovitz, Alberto. Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán, Madrid, 1969, p.21)

En 1970 se concibió la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI²⁹, que para el año de 1974 pasó a ser un organismo especializado de las Naciones Unidas con el mandato principal de promover el uso y la protección de la propiedad intelectual. Hoy en día la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI cuenta con 179 Estados Miembros, muchos de los cuales, cabe destacar son países en desarrollo.

²⁹ Que precedió a las Oficinas Internacionales encargadas de administrar los Convenios de París y Berna

Si bien el Convenio que establece la OMPI ofrece un marco general para la organización, este instrumento es sólo un tratado administrativo, pues las normas sustantivas de propiedad intelectual se establecen en instrumentos separados, cada uno de los cuales cuenta con distintos Estados contratantes. En la actualidad, la organización administra 23 tratados internacionales que guardan relación con diferentes tipos y aspectos de los derechos de propiedad intelectual.

En lo que concierne al sistema de patentes de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, aquel se basa en dos tratados principales, por un lado tenemos al Convenio de París para la protección de la propiedad industrial (Convenio de París)³⁰ y por otro al PCT. En virtud del Convenio de París, los países miembros podían adoptar distintas normas, en especial en los ámbitos de la tecnología que guardan relación con los intereses públicos, tales como la salud pública por ejemplo.

Durante la década de 1980, en los países desarrollados, particularmente Estados Unidos se cuestionó la labor de la OMPI, que si bien era considerada un importante foro internacional carecía de fuerza coercitiva para homogeneizar los postulados de la Propiedad Intelectual, puesto que la OMPI carecía de mecanismos de cumplimiento de principios y reglamentos, como resultado los países podían adherirse o no a los distintos tratados administrados por la organización. Además los diferentes tratados administrados por la organización estipulaban derechos, pero no soluciones jurídicas, producto de la ausencia de una normativa internacional común, uniforme y fuerte, y fruto de la ausencia de un mecanismo adecuado y efectivo de observancia.

Entonces hasta ese momento, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) era la única organización internacional especializada en asuntos de propiedad intelectual, sin embargo, su desempeño no satisfacía principalmente, a los Estados Unidos ni a su industria, debido a que sus propuestas para generar un régimen con

³⁰ Que estableció una serie de normas sustantivas en las diversas áreas de propiedad intelectual, con inclusión de las patentes, de hecho puede decirse que el Convenio de París es la piedra angular del actual sistema de patentes.

estándares más altos de propiedad intelectual era sistemáticamente bloqueada por los países en desarrollo.

De este modo la economía globalizada creó demandas por parte del sector empresarial para expandir, universalizar y crear cierto nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual, así, los principales actores del sector industrial de los Estados Unidos persuadieron a su gobierno de que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI no era capaz de garantizar los niveles apropiados de protección de la propiedad intelectual, por lo que plantearon la incorporación del tema dentro del sistema multilateral de comercio. (Rey; 2006, p.395)

Ello debido a que la instancia de solución de controversias de la OMPI es voluntaria y en consecuencia no vinculante, mientras que organizaciones como la OMC tienen la potestad de interponer sanciones comerciales.

Para el mes de marzo de 1986, 12 corporaciones transnacionales organizaron el Comité Estadounidense de Propiedad Intelectual a fin de ejercer presión en su gobierno con el objeto de iniciar un proceso de armonización en materia de derechos de propiedad intelectual en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), todo ello con el fin de generar y suplir la ausencia de una normativa internacional común, que a su vez proporcione un mecanismo adecuado y efectivo de observancia.

En este sentido los EUA están conscientes de que han sufrido una fuerte pérdida de competitividad, a modo de ejemplo podemos señalar lo acaecido en el campo de la electrónica, campo que si bien nació en los EUA, pronto pasó a ser controlada por Japón y Corea, países que empezaron por imitar, luego igualar y finalmente superar la tecnología estadounidense.

En los años 70 EUA controlaba prácticamente el 100% del campo de creación y desarrollo de memorias electrónicas, para los años 80 el Japón lo había superado, sin embargo el gobierno americano aprendió la lección y se dio cuenta de que aquello había

acaecido en gran parte como resultado de la ley de publicidad electrónica promulgada por el Japón en los años 50 y dentro de esa norma se destaca la falta de reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual estadounidense, es más esa norma invita inicialmente a imitar la tecnología estadounidense para luego igualarla y finalmente superarla.

Situaciones como esta terminaron minando la competitividad estadounidense, trayendo consigo un déficit comercial, en consecuencia el gobierno norteamericano se percató que necesitaba de un organismo internacional fuerte que a través de cualquier medio corrija esta situación, y en ese contexto la generación de un régimen comercial de propiedad intelectual, resultaría clave para mantener la fenomenal asimetría existente entre países desarrollados y en desarrollo, solucionando el problema y evitando que situaciones como la ocurrida en Japón se repitan.

La historia nos dice que el Acuerdo sobre la OMC es el resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay que se llevo a cabo entre 1986 y 1994, y que fue firmado en la Reunión Ministerial de Marrakech de abril de 1994. Se trata de unos 60 acuerdos y decisiones que suman en total alrededor de 550 páginas.³¹

De este modo, con ocasión del período extraordinario de sesiones celebrado en Punta del Este en septiembre de 1986, los ministros representantes de los Estados que conformaban el GATT decidieron iniciar negociaciones comerciales multilaterales, las cuales se llevaron a cabo directamente entre los Estados.

En este sentido es importante señalar que no todos los Estados estaban seguros de que la OMC era el foro adecuado para tratar temas atinentes a Propiedad Intelectual, es por ello que la Declaración Ministerial de Punta del Este resulta ambigua en este punto, permitiendo que cada quien interprete lo que quiera, sin embargo hay que destacar que la declaración recoge el mandato de proteger la Propiedad Intelectual en todas las disciplinas.

³¹El Acuerdo de Marrakech es el convenio constitutivo por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio y cuenta con cuatro anexos, los tres primeros se denominan "Acuerdos Comerciales Multilaterales" y el cuarto lleva el título de "Acuerdos Comerciales Plurilaterales". (OMPI; p. 21)

De este modo, cuando se inició la ronda Uruguay de negociaciones comerciales, alrededor de cincuenta países, tanto industrializados y no industrializados, no otorgaban protección de patente a los productos farmacéuticos (Correa, p. 109, 1997), pues juzgaban necesaria esa desprotección para promover el acceso a los medicamentos a precios competitivos, además la censuraban alegando que pone en peligro la innovación, puesto que priva injustamente a los inventores de los beneficios que el fruto de su trabajo por derecho les otorga.

Por ello “la fuerte presión ejercida por los países desarrollados para fortalecer los derechos de propiedad intelectual, sobre todo a partir de las negociaciones comerciales de la Ronda Uruguay, es vista con preocupación en los países en desarrollo, importadores netos de nuevas tecnologías y de productos intensivos en el uso de éstas...” (Rey: 2006: 398).

Así se entablaron las negociaciones, como es lógico el asunto fue manejado desde lo político, y los distintos estados que participaron de la negociación buscaron precautelar los intereses de sus respectivas poblaciones, buscando alcanzar para sí las mayores ventajas posibles. En el caso de los países en vías de desarrollo particularmente preocupaba el efecto que puedan tener en los precios de las medicinas, puesto que durante los años 70 los países Latinoamericanos buscaron limitar el alcance y la protección de estas patentes y a partir de los años 90 se vivió una ola de reformas legales en Latinoamérica con el objeto de ampliar la protección patentaría a los productos farmacéuticos, como ejemplo de ello tenemos lo sucedido en Argentina, Chile, México, el Grupo Andino, entre otros. (Correa:1997: 101-102)

Remiche y Desterbecq al respecto señalan:

“De hecho, hasta fines de los años ochenta los productos farmacéuticos estaban muy frecuentemente excluidos de la protección por patente en los países en desarrollo. Estos últimos justificaban su posición en la preocupación por evitar restricciones en la oferta de productos esenciales...muchos países industrializados habían introducido la patente de medicamentos en su legislación recién a partir del momento en que su industria había alcanzado un cierto grado de desarrollo; por ejemplo, el Reino Unido 1949; Francia en 1960; Alemania, en 1969; Japón, en 1976; Suiza en 1977; Italia y Suecia en 1978...” (Remiche y Desterbecq, p. 262, 263; 1997)

Entonces con ello se corrobora una vez más lo que Chan denomina “patada a la escalera.”

Es por ello que para la óptica de los países en vías de desarrollo, con la suscripción del ADPIC, fueron los estados desarrollados quienes se impusieron y salieron victoriosos.

Al respecto Pedro Roffe señalaba que:

“Los beneficios potenciales del Acuerdo serán más evidentes en países con una base industrial y tecnológica más avanzada y donde ya tiene lugar un proceso de innovación tecnológica... Por el contrario, el Acuerdo conllevará costos netos por un período relativamente largo en aquellas naciones con un desarrollo tecnológico rudimentario y donde la transferencia y la difusión de tecnología son limitadas y de escasa o nula innovación tecnológica.”(Roffe, 1997, p. 346-347)

Si bien los anteriores acontecimientos sirvieron de sustento a los países desarrollados y propiciaron el cambio de foro hacia la OMC, aquella organización es vista como un espacio poco amigable por los países en desarrollo, es percibida por ellos como una organización poco democrática que simplemente busca satisfacer los intereses de los estados desarrollados y promover los derechos de la propiedad intelectual a su conveniencia.

Al respecto Remiche y Desterbecq explican que el foro adecuado para llevar la negociación debió ser la OMPI, no obstante la intención deliberada de plantear la discusión en la OMC obedeció a que “los países en desarrollo ejercen ahí menos poder como grupo.” (Remiche y Desterbecq, p. 264, 1997)

Casado y Cerviño también señalan que:

“Los países en desarrollo han definido siempre que la (OMPI), en cuanto Agencia de Naciones Unidas especializada en los temas de propiedad intelectual, debería asumir sus competencias en la materia, y por tanto, los trabajos sobre elaboración de normas y protección de los DPI deberían realizarse exclusivamente en el seno de la OMPI. Los países desarrollados, por el contrario, propugnaron que, al menos, determinados aspectos de la protección de los DPI debería discutirse en el seno del GATT”(Casado; Cerro, p. 76; 1997)

Los críticos al régimen argumentan también que bajo este foro la regulación sobre propiedad intelectual fue vista como un componente más del comercio, de este modo como bien señalan Remiche y Desterbecq, las patentes de invención pasarón de ser

percibidas como monopolios nacionales privados a garantes del comercio. (Remiche y Desterbecq, p. 284, 1997)

Por esta razón, la armonización y elevación de estos derechos viene dándose en los últimos años a través de dos canales, por un lado, se vienen celebrando una serie de tratados bilaterales de libre comercio (TLCs) y los tratados bilaterales sobre inversión (TIRs), cuyos principales impulsores son los Estados Unidos y en menor medida la Unión Europea.

Al respecto los liberales, como John Locke señalan que el trabajo es aquella particularidad que nos humaniza y que genera propiedad, constituyéndose de esta manera en el modo por excelencia de adquirir el dominio sobre un bien o una cosa, cuestión y principio que nuestro derecho a través del marco normativo, mediante normas como el código civil o la ley de propiedad intelectual ha buscado reconocer.

3.2.1. La Propiedad Intelectual en el seno de la OMC:

De acuerdo a la visión de varios expertos en el área entre ellos Carlos Correa “Con la creación de la Organización Mundial del Comercio –OMC-, en 1994, se estableció el tratado más completo que haya existido hasta el momento en materia de derechos de propiedad intelectual: el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, (“ADPIC”)). (Correa; 2006, p. vii)

Para sus detractores el Acuerdo ADPIC se trata de un instrumento internacional que busca proteger la propiedad intelectual sobre un concepto muy restringido de innovación, que favorece al comercio y a las corporaciones transnacionales en detrimento de la supervivencia y las necesidades básicas de los particulares, pero en opinión de sus detractores este acuerdo constituye un instrumento internacional sui generis, pues resultó ser un instrumento pionero, ya que es el primero que vincula los aspectos relacionados con la propiedad intelectual, con el comercio y además representa la piedra angular en la construcción del régimen de Propiedad Intelectual.

Esta disyuntiva hace que aquel pueda ser visto desde la óptica y bajo la lectura de las distintas teorías de las relaciones internacionales y cada una de ellas confiere explicaciones diferentes a la génesis, el origen y el desarrollo del fenómeno.

En la perspectiva realista, autores como Keohane y Nye, señalarán que el establecimiento tanto del régimen mundial, como el andino de Propiedad Intelectual implica el reconocimiento de un conjunto de normas, reglas, procesos y procedimientos de toma de decisión, que no buscan sino satisfacer los intereses de un grupo de Estados hegemónicos que pretenden establecer normas sistémicas a fin de consolidar su posición de poder y de satisfacer sus propios intereses de supervivencia. Ello mediante el establecimiento de un sistema con una estructura jurídica mundial que les es particularmente beneficioso.

En consecuencia para la óptica realista ha sido posible la creación y el establecimiento de un régimen de propiedad intelectual porque aquel responde y satisface los intereses y las necesidades de los países hegemónicos, considerando utópica la idea de la cooperación desinteresada que parte de los postulados liberales del ganar ganar y de la lógica de que las instituciones, las normas y los regímenes confieren orden a la anarquía internacional y que proporcionan las características necesarias para el desarrollo.

De este modo el Acuerdo mella la base territorial de los derechos de propiedad intelectual y la reemplaza por un régimen universal. En este sentido los aspectos homologados superan a los que aún no lo están. Procedamos a observar la evidencia empírica a la luz de los postulados y las explicaciones conferidas bajo la lectura realista.

3.2.2. Argumentos que sostienen una postura contraria al régimen de Propiedad Intelectual bajo la Teoría Realista

De momento empezaremos refiriéndonos a ciertos eventos y acontecimientos históricos que tienen por objeto develar la realidad sobre la creación y el desarrollo del régimen, así pues hay que señalar que ciertas circunstancias particulares se presentaron en el momento de la consolidación del régimen y en la expedición de los Acuerdos ADPIC.

En este sentido, es importante resaltar ciertas cuestiones, como bien señala Chang, hasta el año 1891 EUA, país que se presentaba como el defensor de la Propiedad Intelectual negaba el derecho de autor arguyendo que no se puede hablar de una propiedad inherente en este y que su reconocimiento atentaría a la difusión de la cultura.

Situación similar planteaban en el tema de las patentes, donde inicialmente no se reconocían los derechos de patentes provenientes del extranjero y después se empezaron a reconocer pero cobrando tasas de patentes más elevadas a los inventores extranjeros, que a los nacionales.

Volviendo al tema en cuestión durante la década de 1980, se consideraba a la OMPI, un importante foro internacional, los principales actores del sector industrial de los Estados Unidos persuadieron a su gobierno de que la OMPI no era capaz de garantizar los niveles apropiados de protección a la propiedad intelectual, puesto que la sujeción al mecanismo para dirimir controversias de la OMPI es voluntario y la aplicación de su resolución carece de fuerza coactiva, sin embargo la OMC cuenta con un sistema de solución de controversias con alta capacidad coercitiva, pues puede imponer sanciones comerciales.

Entonces, en los EEUU surge un sentimiento de inconformidad frente al marco regulatorio de la materia y a la labor rol que venía desempeñando la OMPI, que privada de un régimen internacional fuerte difícilmente podía demandar que se respete a cabalidad los derechos derivados de la propiedad intelectual y en consecuencia si bien lograba estipular una serie de derechos, no tenía el mismo éxito con el establecimiento de soluciones jurídicas. De este modo en opinión del gobierno de los Estados Unidos, la solución estaba en la generación de un marco normativo sólido, a través de la construcción, diseño y adopción de normas uniformes y de adecuados mecanismos de observancia y coacción, así pues, los Estados Unidos empezaron a generar una estrategia para construir un régimen de propiedad intelectual, a fin de precautelar sus intereses y los de su sector industrial.

Al efecto usaron mecanismos de presión, tales como la normativa prevista en la Sección 301s de su Ley de Comercio Exterior, para que los países menos industrializados adopten un marco normativo favorable al gobierno estadounidense y promocionaron la tesis de que los derechos de propiedad intelectual contribuyen a “estimular la inversión, en especial la extranjera, la transferencia de tecnología del Norte al Sur, y la investigación y la innovación al permitir a los inventores recuperar los costos de investigación y desarrollo. Señalando que los beneficios públicos por patentar y divulgar compensan con creces los costos de los monopolios artificiales del mercado.” (Vandana: 2003: 9)

La Sección 301 de la Ley de Comercio Exterior³² estadounidense faculta a la oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) a emitir informes anuales sobre la protección de la propiedad intelectual Norteamericana, con el fin de tomar medidas y sanciones ante una inadecuada política sobre la materia. Del mismo modo la Business Software Alliance (BSA), la Software and Information Industry Association y la International Intellectual Property Association (IIPA) publican estimados elaborados por sus empresas asociadas, respecto del grado de incumplimiento de los derechos de propiedad intelectual en los países, con porcentajes de piratería y pérdidas de ingresos, para recomendar calificaciones al USTR.

Hay que señalar que el método de estimación utilizado es ampliamente criticado por ser considerado simplista, pues se pregunta a las empresas asociadas sobre el nivel de ventas de piratería que creen existe, y suponen luego que estas ventas desplazan y originan pérdidas a las empresas norteamericanas, así llegaron por ejemplo a la conclusión de que las empresas de software pierden más de diez mil millones de dólares anuales por su causa. (Fink/Maskus, 2005).

Otro sistema de presión utilizado es el excluir a aquellos países que no ofrezcan una adecuada protección a la propiedad intelectual estadounidense del Sistema Generalizado

³² Bercovitz señala que en 1974 se establece en los Estados Unidos un cuerpo normativo denominado “ ‘Trade and Tariffs Act’, en cuya Sección 301 se establece una autorización al Ejecutivo estadounidense, previa verificación, para establecer ‘medidas de retorsión comercial de carácter unilateral en los casos en que considere que los derechos de propiedad intelectual de los ciudadanos norteamericanos no están adecuadamente protegidos en otros países...”(Bercovitz, p. 17, 1997)

de Preferencias (GSP). Es por ello que a criterio de los opositores al régimen, los países industrializados, particularmente Estados Unidos, han utilizado los derechos de propiedad intelectual simplemente para ejercer ‘coacción política’, cuestión que se devela claramente en un estudio realizado durante el año 1984 en los Estados Unidos, donde más del ochenta por ciento de las empresas estudiadas reconocen que “el principal motivo para sacar una patente era ‘bloquear sectores técnicos’, sin que tuvieran ninguna intención de explotar la invención.” (Vandana; 2003 p. 10), situación concordante con el hecho de que a finales de la década de los setenta y en la década de los ochenta, el gobierno de los Estados Unidos admitió que “estaba surgiendo un serio distanciamiento tecnológico estructural entre su economía y la del Japón, por lo tanto, la política fue dirigida a congelar, de un modo agresivo, la ventaja artificial que seguía disfrutando la industria estadounidense gracias a una política de derechos de propiedad intelectual extranjeros expansiva.” (Vandana, p. 10; 2003).

Por lo tanto, para esta perspectiva, el verdadero objeto de los bancos de patentes no está en permitir identificar las investigaciones existentes, o los sectores en los que se está trabajando, o la tecnología susceptible de explotación, sino en obstaculizar mediante argucias y tretas legales y la legalización de prácticas monopólicas ilegítimas la divulgación y el desarrollo tecnológico.

Volviendo a la historia sobre el advenimiento del régimen de propiedad intelectual, Susan K. Sell señala que en el mes de marzo de 1986, 12 corporaciones transnacionales organizaron el Comité Estadounidense de Propiedad Intelectual³³, con el fin de presionar al gobierno norteamericano, para que este a su vez lo promueva en el contexto internacional, (Sell; p. 175) con el objeto de que se inicie un proceso de armonización en materia de derechos de propiedad intelectual en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), vinculando de esta manera y por primera vez al comercio con la propiedad intelectual. Entonces el Comité Estadounidense de Propiedad Intelectual impulsaba la expedición de un instrumento de codificación

³³ También conocido como CPI por sus siglas, aquel es una coalición formada por trece destacadas empresas estadounidenses dedicadas a la ultimación del ADPIC a su favor. Los miembros del CPI son empresas como Bristol Myers, Dupont, General Electric, General Motors, Hewlett Packard, IBM, Johnson and Johnson, Merck, Monsanto, Pfizer, Rockwell y Warner.

internacional que proteja sus intereses en el área de la propiedad intelectual que se sustentaba en “...una concepción de los derechos de propiedad intelectual que privilegia la propiedad de la creación por encima de su difusión.”³⁴ (Sell; p. 176)

Luego de ejercer presión interna, la primera tarea del Comité Estadounidense de Propiedad Intelectual fue consultar a muchos grupos de interés con el objeto de generar una asociación afín a sus intereses, de este modo empezó a conseguir apoyo internacional y para el efecto buscaron persuadir a las asociaciones industriales de Europa y Japón de que era posible establecer un código con normas universales en el área de la propiedad intelectual.

Los principios fundamentales sobre los que esta normativa debía sustentarse se extrajeron de las leyes de los países más desarrollados, así en Ginebra se presentó el primer documento sobre la normativa de propiedad intelectual al personal de la Secretaría del GATT y a los representantes de un gran número de países con sede en Ginebra. Los críticos al régimen señalan que aquellos hechos constituyen prueba irrefutable de que los imperativos del crecimiento económico y la acumulación de capital determinaron el marco básico del sistema de patentes del ADPIC.

Por lo tanto, se concibe al conocimiento como una mercancía más, pues bajo la lógica que defiende la Propiedad Intelectual “el incentivo de la inversión de riesgo es el propósito fundamental de la concesión de la patente, y se basa directamente en el derecho de exclusión”, (PlatexCorp vs. Missinghoff(758 2d 594, 599, Fed. Circ. 1985)), es decir se concibe a la concesión de un derecho de exclusiva como condición necesaria para fomentar la investigación, no obstante para sus detractores constituye una barrera a la difusión cultural y claramente ha provocado una divisoria entre el Norte y el Sur.

El ADPIC entonces fue concebido y configurado en una declaración conjunta presentada a la Secretaría del GATT en junio de 1998 por el Comité de Propiedad

³⁴ “It is base on a conception of intellectual property rights that privileges property creation over diffusion.”

Intelectual (CPI) de Estados Unidos y las asociaciones industriales del Japón y Europa. De este modo bajo una visión crítica el sistema de patentes del ADPIC tiene por objeto legalizar el establecimiento de un derecho de exclusiva a fin de que los países industrializados puedan asegurar el mercado mundial.

Si observamos la cifras, en la década de los ochenta, época en la que como mencionamos se cuestiona el papel de la OMPI, el déficit comercial de Estados Unidos era de 150.000 millones de dólares, situación que amenazaba la supremacía de los Estados Unidos como primera potencia comercial e industrial, por ello bajó una lectura realista el gobierno estadounidense busca mantener su supremacía y para ello se vale de instrumentos como la propiedad intelectual, principalmente de las patentes para adueñarse del conocimiento, controlar el comercio mundial, conquistar los mercados internacionales y asegurar su crecimiento económico. Al respecto Rémiche y Desterbecq manifiestan que “es en cierto modo irónico que la liberalización del comercio internacional sea ahora perseguida a través del crecimiento global del monopolio de uno de los más importantes factores de la producción que es el conocimiento” (Rémiche y Desterbecq, p. 282, 284, 1997)

Pero el comercio de conocimientos como propiedad sólo podría tener éxito si se conseguía obligar a todos los países a reconocer esta forma de propiedad³⁵, mediante la elaboración de leyes de propiedad intelectual similares a las de los Estados Unidos. De tal forma la presión ejercida en el gobierno americano por el Comité Estadounidense de Propiedad Intelectual, cumplió con el objetivo de provocar un "efecto domino", pues a su vez los EE.UU. presionaron al resto de gobiernos a adoptar una normativa mundial marco sobre propiedad intelectual.

Así que durante el año de 1987, las industrias farmacéuticas y de software informático de Estados Unidos presionaron, junto con la administración estadounidense de Reagan, para evaluar los mercados en crecimiento que podría controlar el comercio estadounidense si otros países tuviesen leyes sobre propiedad intelectual homogéneas y armónicas a las de los Estados Unidos.

³⁵Institución propia de la ideología y de la cosmovisión estadounidense,

Como ejemplo de la incidencia jurídico-política que tenían los Estados Unidos, cabe citar como ejemplo un hecho que devela esta afirmación, durante el período de negociaciones del ADPIC fruto de la creciente preocupación por los precios de los medicamentos al interior de los Estados Unidos, se discutía una ley denominada “The Pryor Bill”, cuyo objeto era limitar los derechos de propiedad intelectual, respecto de los fármacos; sin embargo frente a este hecho se presentaron una serie de objeciones que señalaban que este acto se puede interpretar como una señal de debilidad de los Estados Unidos, que alentará a los estados en desarrollo a plantear una normativa internacional similar.

Estos mercados potenciales eran vistos como una pérdida nacional de la economía estadounidense³⁶ debido a que contaban con normativas diferentes. En consecuencia el gobierno estadounidense se dio cuenta de que si se lograba construir un régimen internacional de propiedad intelectual y si se obligaba a todos los países a adoptar una normativa de propiedad intelectual armónica y homogénea a la existente en los EE.UU., su déficit comercial se reduciría, poniendo a buen recaudo su supremacía como primera potencia comercial e industrial.

En todo caso una de las innovaciones que presenta el ADPIC, se encuentra en la cláusula de conformidad, contenida en el artículo 16 apartado 4 del Acuerdo, mediante la cual se condiciona a los países que desean ser miembros de la OMC, a aceptar todos los acuerdos principales de la organización.

Además de esta cláusula se crítica mucho la disposición contenida en el artículo 27.1 del acuerdo ADPIC, pues a través de ella se determina como principio la no discriminación de la patente respecto del lugar de invención, situación que para autores como Kresalja ddiluyera obligación de explotar la invención patentada, cuestión que históricamente constituye una de las razones principales para justificar la concesión de las patentes en los países en desarrollo y se trata de uno de los pilares fundamentales del sistema. (Kresalja, p. 226; 2001)

³⁶ La US International TradeCommission calculó que las "pérdidas" se enmarcaban entre los 43.000 y los 61.000 millones de dólares anuales.

Los belgas Remiche y Desterbercq sobre este tema manifiestan “¿No se ha pervertido el sistema de patentes transformando la obligación de explotar en el derecho a importar de manera monopólica? ¿Y no es acaso este efecto perverso el que hace que el sistema resulte inoperante en los países en desarrollo? ¿Cuál es la compensación real para estos países de una patente otorgada a un extranjero cuando esa patente no se explota localmente?” (Remiche y Desterbercq, p. 257; 1997)

Así es como para los detractores se debe leer la historia del régimen mundial de propiedad intelectual, y en su opinión esta es la forma como llegó la propiedad intelectual al GATT, y el ADPIC de la OMC se convirtió en el marco para las leyes de patente a escala mundial.

Entonces la implantación mundial del derecho de patentes y de propiedad intelectual estadounidense se convirtió en el primer punto de la agenda de los estados industrializados, que eran conscientes también de que los cambios que se estaban produciendo en la tecnología, en lugar de máquinas y moléculas, eran una serie de invenciones que impulsan el crecimiento tecnológico económico de sus países, pues eran ellos únicamente quienes contaban con la capacidad industrial para poder llevarlas a cabo, debido a ello y en palabras de Susan Sell “Inicialmente, los países en desarrollo se resistieron a la inclusión de temas de Propiedad Intelectual en las negociaciones...” (Sell, p.176).

Así, los Estados Unidos comenzaron a ejercer presión para que se incluyera la propiedad intelectual en la Ronda Uruguay, los países en desarrollo inicialmente se opusieron a la propuesta argumentando que las patentes representaban las herramientas de una nueva forma de colonización³⁷ y que esos asuntos eran competencia de la OMPI.

37 Las potencias occidentales por su parte las consideran un derecho "natural", así como fue considerada la conquista durante varios siglos. Naturalmente, entre la colonización de ayer y la de hoy hay diferencias. La religión no es la justificación última de la conquista actual. La recolonización es un proyecto "secular" pero hay una nueva religión del mercado que es la que impulsa este proyecto secular. El objetivo de la conquista ya no son los territorios, el oro y los minerales. Lo que hay que controlar son los sistemas económicos y los mercados. De esta forma, las patentes han estado asociadas a través de la historia con la colonización. Cuando Europa empezó a colonizar el mundo, su objetivo era conquistar territorios; ahora su objetivo es conquistar economías. El empleo de las patentes como instrumentos de descubrimiento y

De este modo, los países en vías de desarrollo por su parte, buscaron construir un marco normativo que pueda hacer frente a la orientación que los estados industrializados pretendían darle al sistema, pues en su opinión no sólo aseguraba el mercado de productos de los países industrializados, sino que perjudicaba su producción natural autóctona, entonces las leyes de patentes provenientes del tercer mundo, como la de la India de 1970, trataron de alcanzar un equilibrio armónico y equitativo entre los intereses de los inversores y los de los consumidores, con el objeto de garantizar que las prácticas monopólicas y restrictivas no obstaculicen el desarrollo científico y tecnológico ni tampoco interrumpen el crecimiento de la industria local y permitan el desarrollo de la denominada “cultura libre”.

Frente a ello, Sell nos dice que “...en Abril de 1989 los países que se resistían al tema tuvieron que abandonar su posición. Después de haber enfrentado una escalada agresiva de unilateralismo estadounidense...” (Sell, p.176) los Estados Unidos y las demás potencias ejercieron ‘el arte’ de imponer normas de propiedad intelectual mediante acuerdos bilaterales y el uso de medidas unilaterales de represión, así por ejemplo en los Estados Unidos la Sección 301 de su Ley Omnibus sobre Comercio y Competitividad, en virtud de la cual se faculta a su representante Comercial (USTR) a emitir informes anuales que califican la protección a los derechos de propiedad intelectual en los países, las categorías utilizadas son débil, moderada, buena o fuerte. De este modo, en caso de ser necesario, se los incluye en la lista de la USTR, a fin de realizar llamados de atención, y en caso de ser necesario tomar represalias comerciales. (Rey; 2006, p.400)

Actualmente, estas medidas solo han sido aplicadas contra el Brasil, en razón de que el Estado sudamericano se resistía a reconocer la posibilidad de patentar los productos farmacéuticos, debido a esta situación Brasil presentó una queja ante el GATT y debemos señalar que de acuerdo a los expertos “recibió un vociferante apoyo de otros miembros del GATT” (Bayard y Elliot: 1994: 198)

conquista ha sido el telón de fondo de los conflictos contemporáneos en materia de patentes, creados por el GATT/ OMC.

Pero además de estas normas coactivas, ellos recibieron el ofrecimiento de que la cooperación y el apoyo a los ADPIC y la consecuente protección adecuada y efectiva de la propiedad intelectual estadounidense implicaría determinadas preferencias arancelarias, tales como “un trato libre de impuestos sobre categorías específicas de productos exportados a Estados Unidos” (Correa, p. 96, 1997), así por ejemplo tenemos la ley denominada Caribbean Basin Economic Recovery Act (Pub.L.N °98-67, 97 estat. 384, 1983), mediante la cual se libera de impuestos a ciertos productos a cambio de una adecuada protección de la propiedad intelectual estadounidense.

Al respecto José Gómez Segade señala:

“El ADPIC ha producido un efecto señuelo para los países en vías de desarrollo y menos desarrollados, al adherirse en forma masiva a la OMC... el ADPIC tiene algo que atrae a estos países, que es la posibilidad de obtener ventajas comerciales y de beneficiarse de reducciones arancelarias. A cambio de esta expectativa de beneficios, han contraído compromisos de incrementar la protección de la propiedad intelectual, que difícilmente se adecua a su estructura económica y que puede ocasionarle perjuicios, como una elevación del nivel de precios de los productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual.”(Gómez Segade, p. 77; 1994-1995)

Entonces la negativa, de los países en desarrollo, de negociar un texto sobre Propiedad Intelectual en el marco de la OMC se mantuvo hasta 1989, en esa fecha 11 países entre ellos la Argentina aceptan la negociación de un texto referente a la regulación de la Propiedad Intelectual, situación que como señalamos en líneas anteriores obedeció al hecho que de no hacerlo no habría concesiones en materia textil y agrícola, evidenciando una vez más la lógica realista de que si algo se quiere hay que ceder algo y que nada es gratis en el contexto de las relaciones internacionales.

Entonces en base de este documento internacional, los Estados Unidos y las demás potencias industriales propiciaron cambios en la legislación Latinoamericana a través de esquemas subregionales de integración económica o acuerdos bilaterales sobre comercio e inversión, así por ejemplo Colombia, Bolivia, Chile, Venezuela, entre otros países centroamericanos firmaron con Estados Unidos acuerdos bilaterales de “comercio e inversión” que incluyeron disposiciones generales sobre protección de los derechos de propiedad intelectual. (Correa, p. 105, 1997), así por ejemplo podemos mencionar a la Decisión 344 del Grupo Andino, la ley de patentes de Argentina, los Acuerdos del Mercosur, entre otros reflejan ya las disposiciones del Acuerdo ADPIC, en ocasiones reproduciéndolos literalmente; en el caso concreto del Grupo Andino esta

incorporación se presentó antes de que finalizara la negociación del Acuerdo en diciembre de 1993.

Kresalja al respecto señalaba que:

“No podemos dejar de mencionar la circunstancia que la mayoría de los países latinoamericanos ha reformado su legislación en relación a los derechos intelectuales, sea en el ámbito del Derecho de Autor o de la Propiedad Industrial, durante los últimos años, mediante la ampliación de la protección a nuevos campos... así como han fortalecido los derechos exclusivos y los medio disponibles para su aplicación. Una característica de este proceso de reforma ha sido su considerable rapidez y la influencia directa que los países industrializados han ejercido en él.” (Kresalja; p. 199, 2001)

El siguiente cuadro resume los cambios en la legislación, en materia de Propiedad Intelectual, en los países andinos durante el período 1990-1995:

Tabla 3: Evolución normativa de la Propiedad Intelectual en la CAN

PAIS	LEGISLACION NACIONAL		ADHESION A CONVENIOS INTERNACIONALES
	Derechos de autor y conexos	Propiedad Industrial	
Bolivia	Nuevo régimen del Grupo Andino	Nuevo régimen de propiedad industrial Grupo Andino; nuevo régimen Grupo Andino de derechos de obtentor	Convención de Roma; Convención de París; Convención de Berna
Colombia	Nuevo régimen del Grupo Andino	Nuevo régimen de propiedad Grupo Andino; nuevo régimen Grupo Andino de derechos de obtentor	Convención de Fonogramas; Tratado de Trabajo Audiovisual
Ecuador	Nuevo régimen del Grupo Andino	Nuevo régimen de propiedad Grupo Andino; nuevo régimen de derechos A.G. breeders	Convención de Berna
Perú	Nuevo régimen del Grupo Andino	Nuevo régimen de propiedad Grupo Andino; nuevo régimen Grupo Andino de derechos de obtentor	Tratado de Trabajo Audiovisual; Convención de París
Venezuela	Nueva ley y nuevo régimen del Grupo Andino	Nuevo régimen de propiedad Grupo Andino; nuevo régimen de derechos de obtentor	Convención de París; Convención de Roma

(Tomado de Correa Carlos, Instrumentación del Acuerdo TRIPs en Latinoamérica. Armonización vs. Diferenciación de los Sistemas de Propiedad Intelectual, p. 106, 107 en temas de Derecho Industrial y de la Competencia, Propiedad Intelectual en el GATT.)

Como vemos todos los países andinos, incluido Venezuela, tan sólo durante el período 1990-1995 reformaron profundamente su normativa en las diferentes áreas de la materia, lo que no hace sino reflejar la presión ejercida por los países desarrollados para a través de documentos internacionales como el ADPIC incidir en la normativa nacional generando un marco normativo acorde a los intereses y necesidades de los estados hegemónicos. Entonces desde la perspectiva realista, el poder hegemónico se logra imponer basado en una convergencia del poder utilizado en defensa del comercio.

Hoy en día en una época de globalización y de libre comercio, el clásico poder militar evoluciona hacia la generación de una estructura que permita defender los intereses comerciales, en este sentido se desarrolló un marco jurídico capaz de asegurar la preservación del *Status Quo* y de garantizar a brecha existente entre los países desarrollados y aquellos que aun no lo están. En este sentido la Propiedad Intelectual, se presenta como un área particularmente interesante, debido a ello los sectores hegemónicos obligaron a los países en desarrollo a adoptar normas de Propiedad Intelectual que parten de una visión economicista y utilitarista, donde el intelecto y el conocimiento son vistos como una mercancía más, un bien de naturaleza inmaterial que en consecuencia es susceptible de apropiación privada, como lo fue la tierra durante la colonización.

Aquello se refleja claramente en la legislación aprobada por el Congreso de Estados Unidos en 1996, que considera los derechos de propiedad intelectual vitales para la seguridad nacional, por esta razón las "patentes" actuales se han ocultado bajo la etiqueta más amplia de "propiedad intelectual", este derecho a reivindicar la invención, como el derecho a reivindicar el descubrimiento que otorgaban las cartas patente de la conquista colonial, es la justificación para hacerse con el control de los sistemas económicos y de mercado por medio de sistemas de patentes globalizados. De ahí que para una lógica realista la "recompensa a la inventiva" oculta el objetivo real, el control de la economía mundial.

De lo expuesto, para los críticos al régimen se observa que el ADPIC no fue negociado por los miembros del GATT, sino que fue impuesto por las multinacionales que

utilizaron al gobierno de Estados Unidos para que se lo impusiera a otros Estados, los críticos del ADPIC señalan que aquel es el ejemplo más flagrante de la naturaleza no democrática del régimen, donde las grandes corporaciones impulsaron la internacionalización de las leyes de Propiedad Intelectual.

De ahí que el ADPIC no es el resultado de negociaciones democráticas entre el público en general y los intereses comerciales o entre los países industrializados y el Tercer Mundo, sino la imposición de los valores y los intereses de las multinacionales del Norte a las diferentes sociedades y culturas del mundo. Para corroborar estas afirmaciones podemos citar la opinión de Jacques Gorlin consultor del Comité estadounidense de Propiedad Intelectual, que señala que los ADPIC cumplen el 95 % de las expectativas, metas y objetivos de las transnacionales (Sell; p.181). Para autores como Susan Sell “los acuerdos ADPIC presentan una fuerte evidencia donde la autoridad privada prevalece y el activismo del sector privado alcanza sus objetivos.” (Sell; p. 181).

De este modo, producto del poder ejercido por los estados hegemónicos y por los grupos de poder se construye una normativa base que va repercutir en las legislaciones nacionales y regionales, así como en la voluntad y soberanía de los estados, situación que bajo la perspectiva realista determinaría la creación del Régimen de Propiedad Intelectual, incluso a nivel andino, por lo tanto podemos decir que bajo la percepción realista, el ADPIC no es más que la legalización de los intereses de las multinacionales, quienes a través de este instrumento, buscan monopolizar la producción, distribución y beneficios a expensas de los ciudadanos del Tercer Mundo.

De ahí que en la década de los ochenta, el objetivo general de la estrategia de los Estados Unidos, era trasladar el foco normativo en materia de propiedad intelectual desde la OMPI al GATT, pues este último ofrecía a los países desarrollados una alternativa frente a la OMPI donde las redes de coerción funcionan mejor, ya que cuentan con un mecanismo de solución de diferencias que prevé la posibilidad de

aplicar sanciones comerciales a los países infractores. Por ejemplo, los Estados Unidos³⁸ llevaron a India ante la OMC porque su parlamento impidió la modificación de su ley de Patentes. De esa manera, se lograba, a través de la imposición de una normativa mundial marco, limitar la soberanía de los países en lo atinente a su agenda y a sus políticas de propiedad intelectual. Entonces a través de este tipo de mecanismos se estaría obligando a otros países a renunciar a sus intereses, su seguridad y su soberanía nacional, a fin de satisfacer las necesidades de las grandes potencias.

Otras posturas críticas, como la de Postner presentan a la tecnología como un factor determinante del comercio, de este modo para el autor el elemento determinante del intercambio comercial entre los países desarrollados y los países en desarrollo, es el proceso de innovación, por lo tanto mantener la brecha tecnológica y el control del Norte sobre este mercado, es trascendental para mantener un patrón de comercio que asegure el bienestar de los estados hegemónicos.

La idea básica expuesta consiste en que el comercio surgió en razón de la existencia de una brecha tecnológica entre los países, conceptualmente entonces el mundo está dividido en naciones innovadoras y naciones imitadoras, y el comercio surgió debido a las brechas tecnológicas existentes. Es decir, el norte puede obtener ventaja comercial con respecto al sur si se mantiene las brechas tecnológicas entre los dos conjuntos de países. Esto implica, que el norte se pueda beneficiar sólo si puede evitar el estrechamiento de las brechas tecnológicas por transferencia de tecnología al sur, puesto que la reducción de la brecha tecnológica acarrea beneficios para los rezagados y su ampliación o mantenimiento favorece a los líderes. (Dhar y Rao: 1997: 133)

Resulta crítico entonces el mantenimiento de la brecha tecnológica y el control que el norte pueda ejercer y en este sentido el sistema de patentes se constituye como un eje fundamental, dado que la industrialización cumple un rol fundamental como factor para el desarrollo. Krugman, en su trabajo de 1979 amplía la exposición al señalar que los países innovadores del Norte, al generar nuevos productos, están en situación de

³⁸Que también utilizan las cláusulas Súper 301 y Especial 301 de su ley de comercio para obligar a los demás países a debilitar su seguridad nacional y crear oportunidades para las empresas estadounidenses.

mantener los salarios en un nivel mayor de los vigentes en los países en desarrollo, es decir en este modelo la brecha tecnológica explica las diferencias en las tasas de salarios, por lo tanto un mayor volumen de transferencia de tecnología hacia los países en desarrollo cierra el diferencial entre el Norte y el Sur (Krugman, Paul, “A Model of Innovation, Technology and the World Distribution of Income”, *Journal of Political Economy*, vol. 87, n°2, 1979).

El modelo de Krugman entonces indica claramente que los intereses del Norte son mejor aprovechados si pueden mantener la brecha tecnológica con el Sur y el mantenimiento de la brecha tecnológica determina la importancia del sistema de patentes. Entonces el sistema de patentes se configura como un mecanismo institucionalizado que genera monopolios, restringiendo así el proceso de difusión tecnológica, y que resulta eficaz a la hora de crear y mantener la brecha tecnológica entre el Norte “innovador” y el Sur “no innovador”, pues crea una brecha entre aquellos países que poseen tecnología industrial y aquellos que no la poseen y que la necesitan para alcanzar sus objetivos de desarrollo. (Dhar y Rao :1997: 132-133)

No obstante, los críticos señalan que los objetivos iniciales del sistema de patentes fueron bastante diferentes, se buscaba asegurar la divulgación de una invención e incentivarla, entonces se buscaba que el pueblo pueda gozar los frutos de la invención, así actualmente se ha procurado justificar dicho sistema en términos de su utilidad para asegurar que los innovadores recibiesen una recompensa por sus inversiones en investigación y desarrollo, no obstante varios autores han sabido señalar que esta recompensa genera prácticas monopólicas que impiden la transferencia y la difusión de conocimiento. (Dhar y Rao, p. 140-141, 1997)

Por ejemplo Burns indicó que la protección patentaria funciona en general “... sólo para empresas grandes y de óptimos recursos” (Burns: 1936: 11.), Joan Robinson por su parte explica que “... una patente es un mecanismo diseñado para impedir la difusión de nuevos métodos antes de que el inversor originario recupere las ganancias suficientes para producir la inversión necesaria. La justificación del sistema de patentes consiste en que, al disminuir la difusión del progreso técnico, dicho sistema asegura que habrá más

progreso a difundir...” (Robinson: 1956: 87). Para Taylor y Silberston “las patentes se pueden utilizar para crear monopolios poderosos que se auto perpetúan y, en algunas circunstancias, se pueden explotar de forma tal que el costo del monopolio para el resto de la economía excede el beneficio de tener una tecnología basada en patentes” (Taylor y Silberston: 1973: 36)

El hecho de que las patentes institucionalizaron el control monopólico fue evidenciado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ya que para ella, “una patente es un derecho de observancia legal otorgado a una persona en virtud de una ley, con el objeto de impedir, por un tiempo limitado, que otros realicen ciertos actos relacionados con una nueva invención descripta; el privilegio lo otorga por derecho una autoridad gubernamental a la persona que tiene la facultad de solicitarlo y que cumple con las condiciones prescriptas” (UNCTAD, 1975; p.1).

Al respecto el propio gobierno de los Estados Unidos ha mencionado que“...han alterado la naturaleza del otorgamiento de las patentes, partiendo de una concesión diseñada fundamentalmente para estimular la industria local a otra en la que el titular extranjero cuenta con más posibilidades de producir donde desee y retener su monopolio patentario”. (citado por Vaitsos 1974, ps. 321-322m.)

En definitiva el fortalecimiento del monopolio patentario a través del régimen del ADPIC llegaría casi a eliminar las posibilidades de reducir la brecha entre los punteros y los rezagados en la carrera tecnológica, surgiría entonces un patrón estable de comercio Norte-Sur, en el cual el Norte exportaría sólo los productos del extremo superior del espectro tecnológico y el Sur exportaría los productos abandonados por el Norte.

Entonces a través del ADPIC se consigue no sólo la armonización de los estándares de patentamiento sino el manejo del comercio tecnológico, a través de la tecnología perteneciente a los países desarrollados, y el control sobre los sistemas de generación de tecnología en los países en desarrollo, puesto que el fortalecimiento del sistema de protección les permitiría apropiarse en forma exclusiva de los espacios tecnológicos que

los países en desarrollo pueden ocupar a través de sus propios intentos para desarrollar tecnología. (Dhar y Rao: 1997: 162).

De este modo para Dhar y Rao, la paradoja de las patentes y el monopolio que genera, da lugar a la destrucción de la competencia y garantiza el acceso a la protección únicamente a las compañías poderosas, así pues señalan que “el costo del monopolio para el resto de la economía excede el beneficio de tener una tecnología basada en patentes” (Dhar y Rao:1997: 143)

3.2.3 Evidencia empírica sustentada en lo atinente a Patentes

Antes de la Ronda Uruguay, no se preveía que el GATT tratase los temas atinentes a propiedad intelectual, y hasta ese momento la ausencia de un tratado internacional fuerte que establezca principios y pautas, que Roffe las calificará como “duras”, permitía que cada país tenga su propia normativa nacional de Propiedad Intelectual adaptada a sus condiciones éticas y socioeconómicas.

En este sentido, el cambio más significativo que produjo el ADPIC en la materia de propiedad intelectual consta en el artículo 27 en los puntos 1 y 5.3 (b), relativo a la ampliación de la materia patentable, donde de modo general se prevé que las patentes estarán disponibles para cualquier invención, sean productos o procesos, en todos los ámbitos de la tecnología, siempre que sean novedosos, impliquen una fase de invento y tengan aplicación industrial.

Estos requisitos, sobretodo el de aplicación industrial muestra la tendencia que tiene el régimen y que aquel busca precautelar el conocimiento en tanto y en cuanto implique beneficios económicos.

Dejando a un lado el hecho de que el conocimiento satisfaga necesidades sociales, además excluye a todos los sectores que producen e innovan fuera del modo industrial de organización de la producción, así pues los beneficios y la acumulación de capital son los únicos fines para los que sirve la creatividad, y por lo tanto el bien social ya no se admite como un fin.

Esto constituye una de las principales críticas al régimen actual, puesto que se lo construyó considerando únicamente considerando aquellos aspectos relacionados con el comercio, dejando de lado aspectos importantes como la salud pública.

Al respecto Esteban Donoso escribe: “existe... una marcada tendencia de los países industrializados por imponer normas en los países en vías de desarrollo que aumenten injustificada e indiscriminadamente la protección de estos derechos, en detrimento de la salud y el progreso de los países en desarrollo...” (Donoso, p. 17, 2011)

Los temas atinentes a la materia patentable, constituyen una exigencia y una imposición de las corporaciones multinacionales, en esta vía por ejemplo, se obligó a la India a abandonar su política de excluir del derecho de patentes a los alimentos y a las medicinas.

El artículo 27.5.3 (b) estipula que:

"Las partes pueden excluir de patentabilidad plantas y animales que no sean microorganismos, y fundamentalmente, procesos biológicos para producir plantas o animales que no sean procesos no biológicos ni microbiológicos. No obstante, las partes procurarán proteger la diversidad de las plantas, ya sea por medio de patentes o de un sistema sui generis efectivo, o por cualquier combinación de los mismos. Esta disposición se revisará al cabo de cuatro años de la entrada en vigor del Acuerdo." (Vandana; 2003, p. 96)

En una primera lectura, parecería que el artículo trata de la exclusión de patentabilidad de las plantas y los animales; sin embargo para los críticos al régimen, las palabras "que no sean microorganismos" y plantas y animales fabricados mediante procesos "no biológicos" y "microbiológicos", no sólo dejan abierta la posibilidad, sino que obligan a patentar los microorganismos y las plantas modificadas genéticamente.

Por lo tanto, al obligar a patentar microorganismos y al ser estos organismos vivos, se abre la puerta para patentar todo tipo de vida. De este modo en opinión de los detractores del ADPIC, este instrumento internacional obliga a los países a cambiar las leyes de patentes con el fin de introducir la figura de la patente de seres vivos. Afirmación que se sustenta en el hecho de que hoy en día alrededor de 190 animales

modificados genéticamente, entre ellos peces, vacas, ratones y cerdos buscan ser patentados.

Entonces actualmente no sólo se otorgan patentes para las máquinas sino para los seres vivos y la biodiversidad; no sólo para los nuevos inventos, sino incluso para el saber de nuestras abuelas, así para los críticos al régimen, la normativa que se pretende imponer busca la universalización de la patentes para que cubran cualquier contenido, incluyendo a los seres vivos, lo que en su opinión se ha traducido en la invasión de nuestros bosques, granjas, cocinas y huertos.

Podemos citar el caso de John Moore, quien en 1984 estuvo sometido a un tratamiento contra el cáncer en el hospital de la Universidad de California; sin su conocimiento y consentimiento, su médico patentó su línea celular y más adelante, la línea celular de Moore fue vendida al gigante de la industria farmacéutica Sandoz. Las estimaciones relativas al valor final de la línea celular han sobrepasado los 3.000 millones de dólares.

Cuando Moore puso en entredicho la apropiación de su línea celular por parte de su médico, el tribunal de apelación de California declaró que era una ironía que Moore no pudiera ser el propietario de su propio tejido celular y que la universidad y las empresas de biotecnología no vieran nada anormal en el hecho de patentar un organismo vivo derivado del mismo.

John Moore describe lo que se siente, al ser conocido como la patente número 4.438.032. "Sin que yo lo supiera y sin mi consentimiento, fui privado del derecho de dominio sobre mi propio material genético; fui controlado, engañado, burlado y, en última instancia, violado de una manera increíblemente arrogante y deshumanizadora." (Vandana, p. 14; 2003)

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, por primera vez en el caso *Diamond vs. Chakrabarty* otorgó por primera vez patente sobre materia viva, explicando que más allá de cualquier consideración de tipo ético, este tipo de inventos merecen una protección y un reconocimiento económico.

No obstante el comercio de conocimientos como mercancía, sólo podría tener lugar si se conseguía obligar a todos los países, mediante la adopción de un marco normativo, a reconocerla como tal, situación que le permitiría a los Estados Unidos mantener su hegemonía.

Durante 1987, las industrias farmacéuticas y de software informático de Estados Unidos presionaron, junto con la administración estadounidense de Reagan, para evaluar los mercados en crecimiento que podría controlar el comercio estadounidense si otros países tuvieran las mismas leyes que Estados Unidos.

Estos mercados potenciales eran vistos como una pérdida nacional de la economía estadounidense debido a que tenían normativas de patentes diferentes. La US International Trade Commission calculó que las "pérdidas" oscilaban entre 43.000 y 61.000 millones de dólares anuales, en consecuencia si se pudiera obligar a todos los países a tener leyes como las estadounidenses, el déficit comercial de Estados Unidos se reduciría considerablemente.

Así es como llegó la propiedad intelectual al ADPIC, transformando este instrumento internacional, en el marco para las leyes de patente a escala mundial y así, la implantación mundial del derecho de patentes y de propiedad intelectual estadounidense se convirtió en el orden del día para las potencias occidentales.

Entonces el Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC contribuyó con la globalización de las leyes de patentes similares a las vigentes en Estados Unidos.

Cuestión que a criterio de los detractores del régimen generan un impacto transcendental en los países en desarrollo, pues no sólo condicionan la capacidad de satisfacer nuestras necesidades básicas de alimentos y medicinas, sino incluso la democracia y la soberanía de cada estado.

Por hechos como los relatados, los críticos al ADPIC señalan que aquel está imponiendo una serie de cambios que se alejan de la lógica liberal del ganar - ganar y del beneficio colectivo.

En su opinión monopolios como el de de patente se traducirán en un aumento de los precios de productos básicos como las medicinas, además la posibilidad de patentar los conocimientos tradicionales hará que las semillas y las medicinas sean inaccesibles para los pobres, cuya supervivencia se verá amenazada, y patentar seres vivos y biodiversidad erosionará el poder soberano del Tercer Mundo sobre sus recursos y generará problemas éticos relacionados con las patentes sobre la vida.

De esta manera, la presión para implantar un sistema de patentes uniforme, ejecutable a escala mundial, no se justifica en función de las pruebas empíricas del impacto de las patentes en el bien público, especialmente en el Tercer Mundo.

Para los detractores del régimen de Propiedad Intelectual, las patentes se han convertido en el derecho del capital a controlar los mercados internacionales, bajo una concepción occidental, llevándolo a reflejar los intereses de los sistemas económicos dominantes de occidente, las multinacionales.

Por lo tanto, bajo esta perspectiva pretender afirmar que los ADPIC se expidieron en aras de un afán de cooperación y colaboración parecería utópico, pues si bien los países en desarrollo, que en un inicio se oponían al tratamiento que se pretendía dar a los temas de Propiedad Intelectual, cambian de posición, y ello no se debe únicamente a las concesiones que alcanzaban a cambio (Sell; p.181), el factor determinante fue la política agresivamente unilateral de los gobiernos de EEUU y Europa.

En consecuencia se consigue la suscripción de los ADPIC por presión antes que por cooperación. Recordemos que para los neoliberales “La cooperación se produce cuando los actores adaptan sus conductas a las preferencias presentes o anticipadas de otros, por medio de un proceso de coordinación de políticas. Para resumirlo de manera más formal, la cooperación intergubernamental se lleva a cabo cuando las políticas seguidas

por un gobierno son consideradas por sus asociados como medio de facilitar la consecución de sus propios objetivos, como resultado de un proceso de coordinación de políticas...” (Keohane, 1988: p.74-75), factores que en criterio de los detractores del régimen no se presentaron al momento de suscribir los ADPIC.

Sea lo que fuere, ni los países desarrollados, ni los que se encuentran en desarrollo pueden cuestionar la existencia de un único sistema internacional de patentes que encuentra su base normativa tanto en el ADPIC como en otro tipo de instrumentos internacionales, entre ellos tenemos el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), el Tratado sobre el derecho de Patentes (PLT).

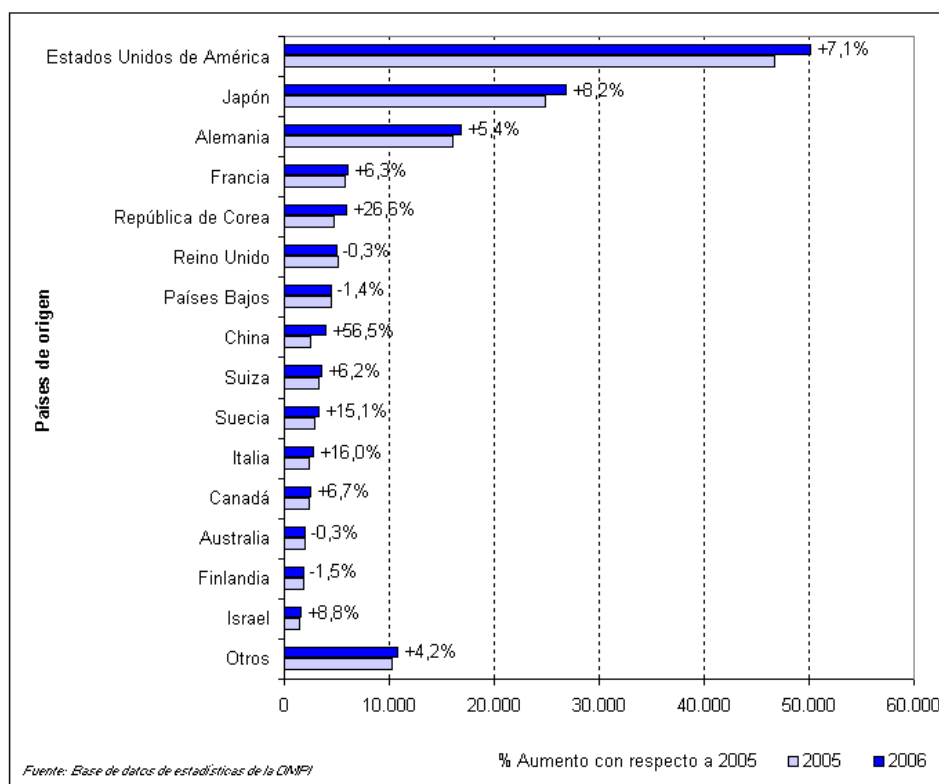
Al respecto, la evidencia empírica presentada por los detractores y críticos del sistema de propiedad intelectual respecto de su aceptación manifestada en la aceptación deja de ser llamativa, pues si bien reconocen que en los últimos años el número total de solicitudes de patente presentadas en el mundo ha aumentado constantemente, especialmente a partir de 1995, la distribución de las solicitudes de patente presentadas en el mundo es muy desigual.

Así conforme a los datos proporcionados por la propia Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, tenemos que el uso del sistema de patentes sigue estando altamente concentrado en cinco oficinas de patentes, China, Estados Unidos de América, Japón, la República de Corea y la Oficina Europea de Patentes³⁹. En ellas se originó el 77% de las solicitudes de patente presentadas durante el año 2005.

Esto explica por qué 48 países con una población de 750 millones, apenas obtuvieron 47 de las 51.000 patentes americanas otorgadas a inventores extranjeros en 1997, y sólo 16 de las 1.393 nuevas medicinas aprobadas entre 1975 y 1999 eran para tratar enfermedades tropicales, esto es, las enfermedades que aquejan a las regiones más pobres de la tierra. (De León; 2004)Esta tendencia no sólo se ha mantenido, sino que ha venido creciendo conforme se desprende del siguiente gráfico:

³⁹Principalmente en el Japón y en los Estados Unidos de América (con el 49% de una cifra aproximada de 5,6 millones de patentes en vigor, cuyos titulares son originarios de esos dos países)

Gráfica 8: Evolución y el crecimiento de las solicitudes respecto de los años 2005 y 2006

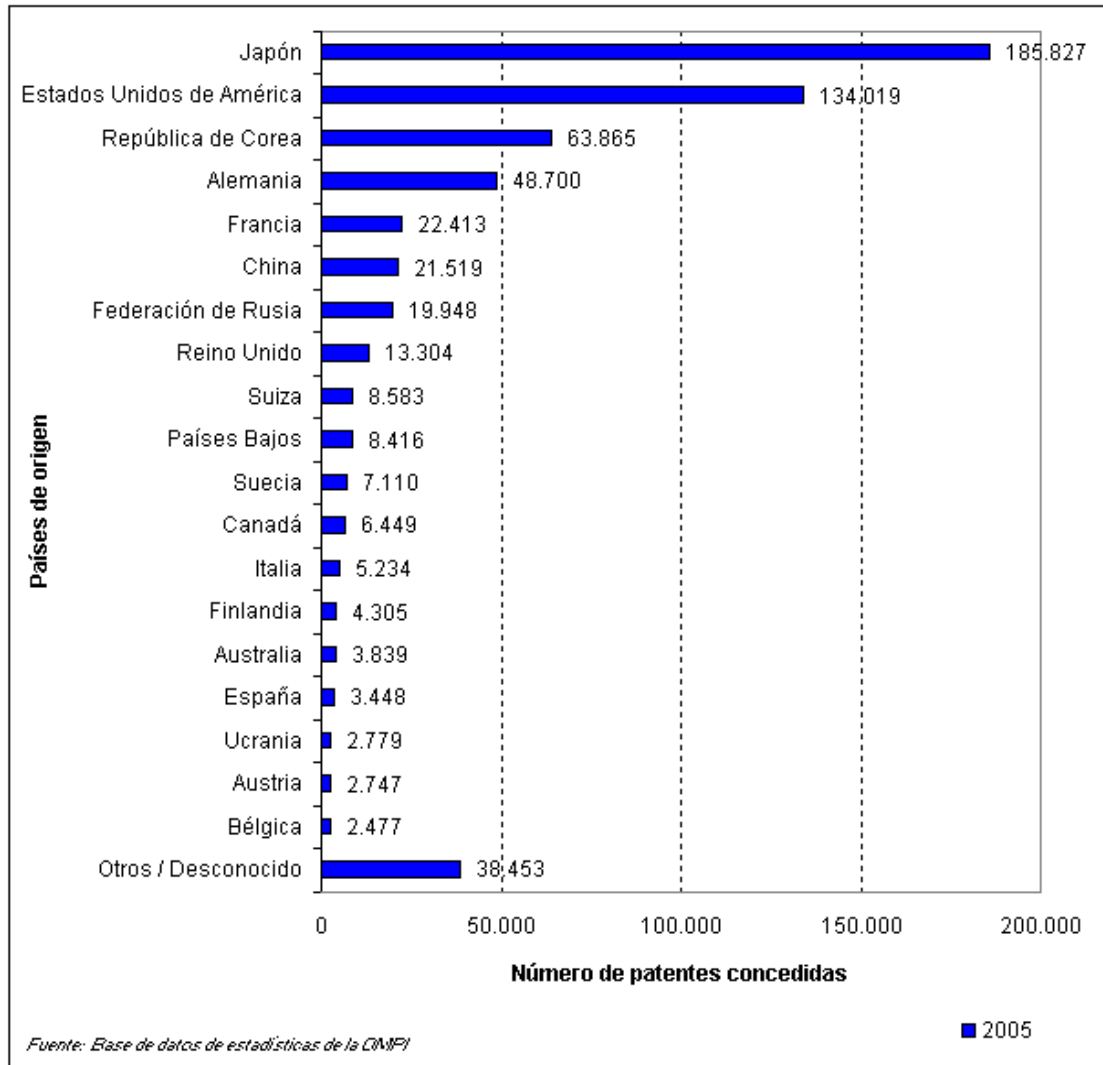


Entonces si bien para el año 2006, se observa un incremento del 82,4% al 85,2% del total de solicitudes de patente presentadas a escala mundial, los solicitantes del Japón (514.047 solicitudes), de los Estados Unidos (390.815), de la República de Corea (172.709), de Alemania (130.806) y de China (128.850) representan el 76% del número total de solicitudes de patente presentadas en todo el mundo durante el año 2006.

De entre los cuales los solicitantes del Japón (aproximadamente 1,6 millones) y de los Estados Unidos de América (aproximadamente 1,2 millones) son titulares de la mayoría de las patentes que estaban en vigor durante ese año.

Situación similar se observó en el año 2005, conforme se desprende del gráfico:

Gráfica 9: Número de patentes concedidas en todo el mundo durante el año 2005 según el país de origen de los solicitantes.



De este modo, se concedió el mayor número de patentes a residentes del Japón, Estados Unidos de América, la República de Corea, Alemania y Francia, países que abarcan el 74% de las patentes concedidas en todo el mundo durante 2005.

En cuanto a las oficinas, en 2006 la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos (USPTO) recibió 425.966 solicitudes de patente, seguida de la Oficina Japonesa de Patentes con 408.674, también recibieron gran número de solicitudes las oficinas de patentes de China 210.501, la República de Corea 166.189 y la Oficina Europea de Patentes 135.231.

En el cuadro que figura a continuación se indican los 15 países cuyos solicitantes presentaron la mayoría de solicitudes internacionales PCT en 2008 y conforme se puede observar los Estados Unidos de América son el país en el que se cursa el mayor número de solicitudes de patente, seguido por el Japón y Alemania.

Tabla 4: Los 15 países cuyos solicitantes presentaron la mayoría de solicitudes internacionales PCT en 2008

Paises de origen	2004	2005	2006	2007	2008	2008 Porcentaje	2008 Crecimiento
Estados Unidos de América	43,350	46,803	50,941	54,086	53,521	32.7%	-1.0%
Japón	20,264	24,869	27,033	27,744	28,744	17.6%	+3.6%
Alemania	15,214	15,984	16,732	17,818	18,428	11.3%	+3.4%
República de Corea	3,558	4,688	5,944	7,061	7,908	4.8%	+12.0%
Francia	5,184	5,748	6,242	6,568	6,867	4.2%	+4.6%
China	1,706	2,503	3,951	5,441	6,089	3.7%	+11.9%
Reino Unido	5,027	5,084	5,090	5,539	5,517	3.4%	-0.4%
Países Bajos	4,284	4,500	4,529	4,355	4,349	2.7%	-0.1%
Suecia	2,851	2,883	3,316	3,657	4,114	2.5%	+12.5%
Suiza	2,898	3,290	3,577	3,778	3,832	2.3%	+1.4%
Canadá	2,104	2,318	2,566	2,847	2,966	1.8%	+4.2%
Italia	2,189	2,349	2,716	2,946	2,939	1.8%	-0.2%
Finlandia	1,672	1,893	1,845	1,995	2,119	1.3%	+6.2%
Australia	1,837	1,996	2,001	2,053	2,028	1.2%	-1.2%
Israel	1,227	1,454	1,589	1,746	1,882	1.2%	+7.8%
Todos los demás	9,245	10,326	11,084	12,252	12,297	7.5%	+2.0%
Total	122,610	136,688	149,156	159,886	163,600	100%	+2.4%

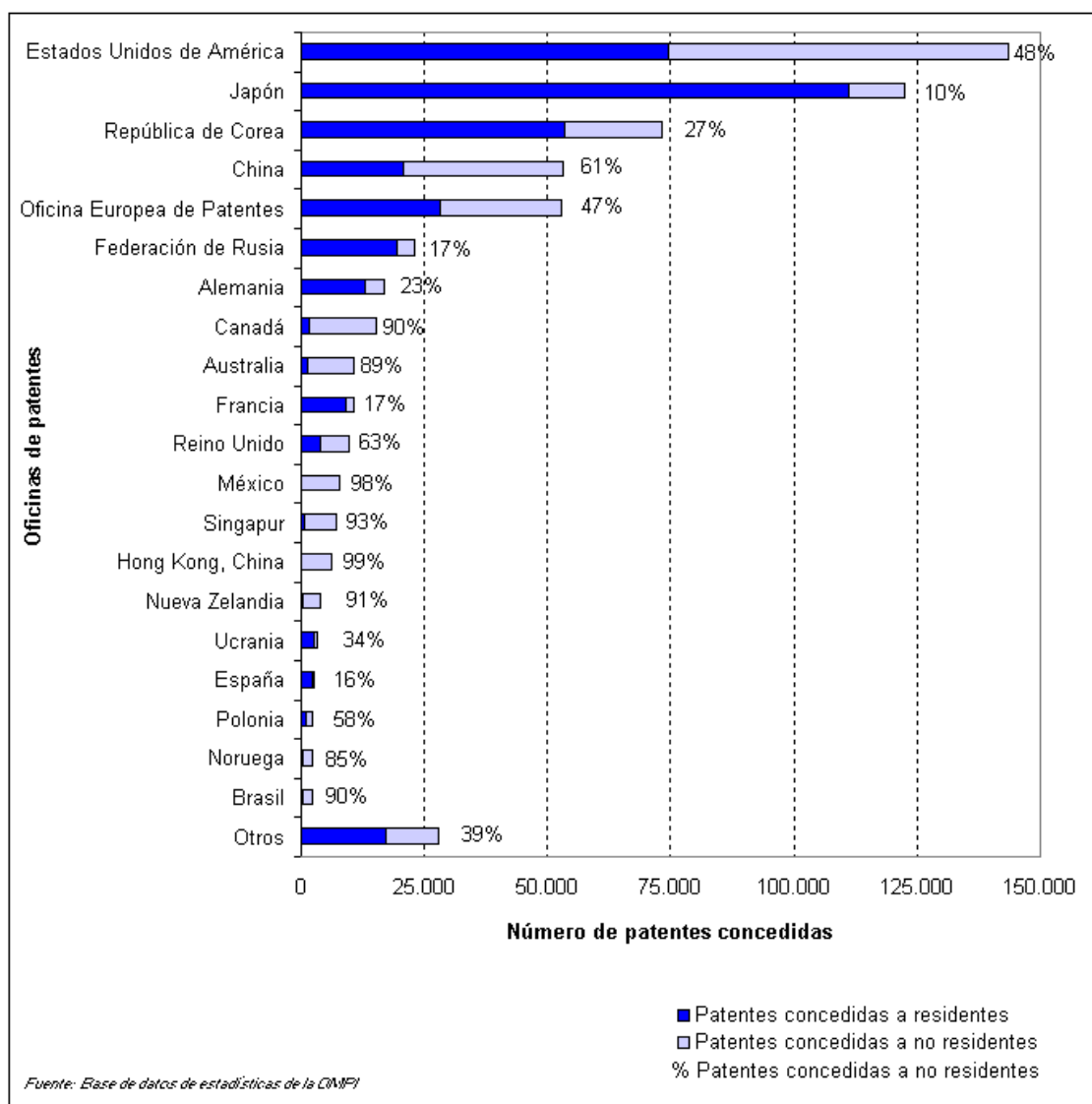
Fuente: Base de datos de estadísticas de la OMPI

Entonces si bien los defensores del régimen no se equivocan al decir que existe un incremento en la utilización del PCT, puesto que el número de solicitudes internacionales PCT ha aumentado en un 7,9% entre 2005 y 2006, alcanzando la cifra de 147.500 y que en la actualidad 137 países se han adherido al PCT, no es menos cierto que la mayoría de las solicitudes se presenta en un pequeño número de países.

Similar situación ocurre con el número de patentes concedidas, pues son cinco oficinas, la de los Estados Unidos de América, del Japón, la República de Corea, China y la Oficina Europea las que representan el 74% de las aproximadamente 600000 patentes concedidas en todo el mundo durante el año 2005, conforme cifras de la propia Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI.

Para visualizar de mejor manera esta afirmación revisemos el siguiente gráfico:

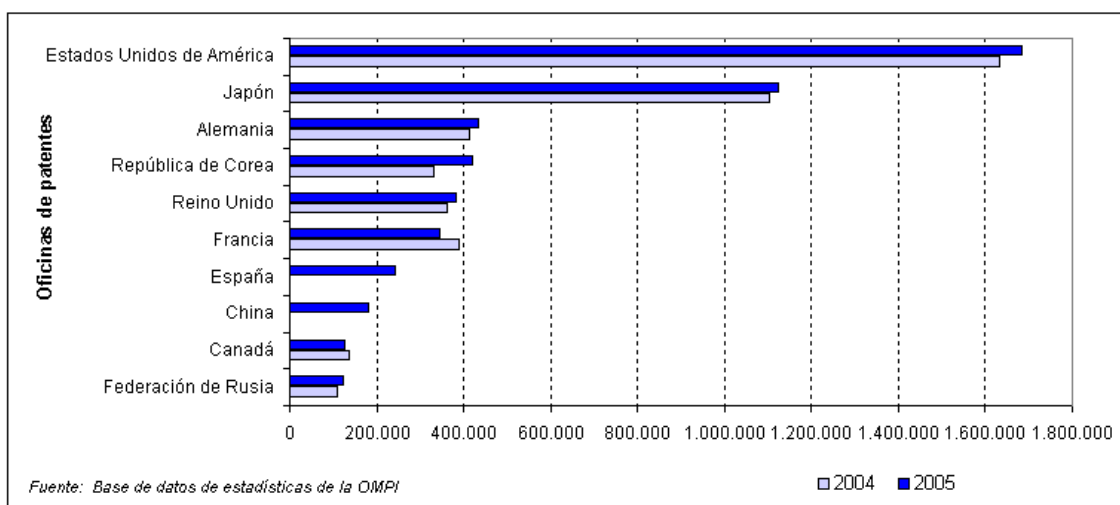
Gráfica 10: Número de patentes concedidas respecto de las oficinas de patentes



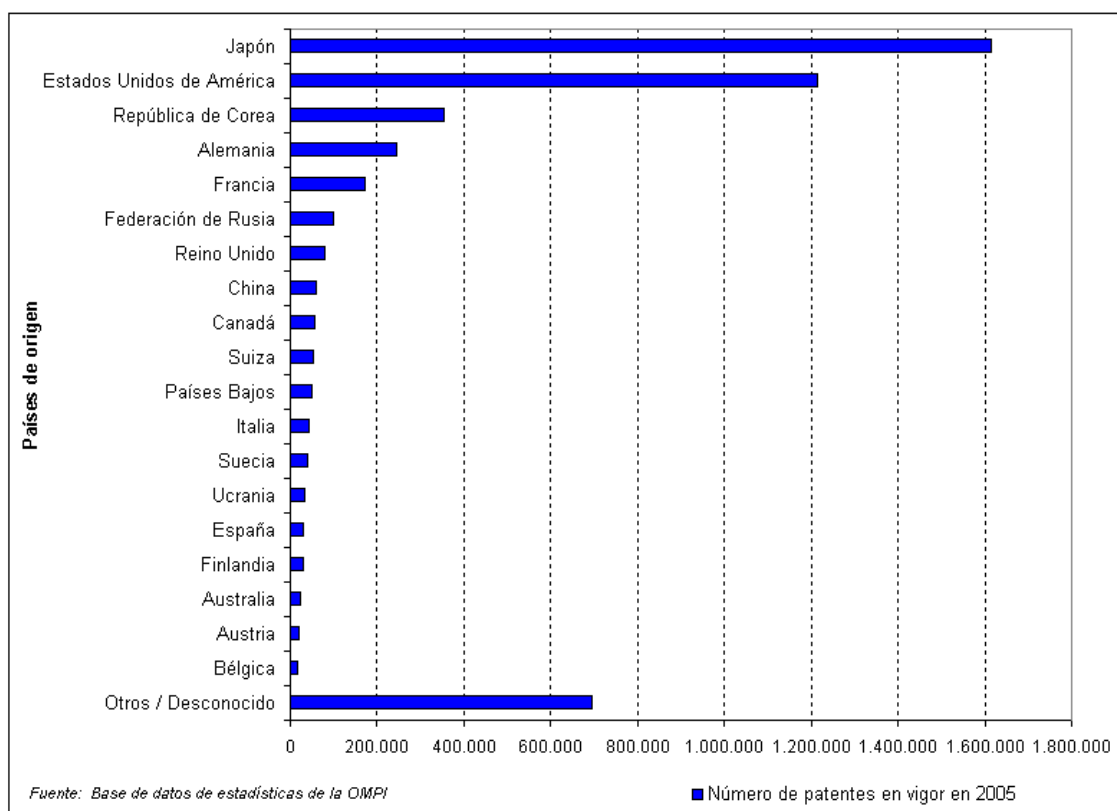
3.2.3.1. Patentes en vigor:

Las patentes tienen un tiempo de vigencia de 20 años y de los 5,6 millones de patentes en vigor, el 90% ha sido concedida por 10 oficinas, conforme se observa en el gráfico siguiente, y responden a los Estados Unidos de América, Japón, Alemania, la República de Corea, Reino Unido, Francia, España, China, Canadá y la Federación de Rusia. Los solicitantes del Japón y de los Estados Unidos de América son titulares del 28% y el 21%, de todas las patentes en vigor en el mundo, durante 2005, esto representa un aumento del 2% respecto al año 2004.

Gráfica 11: Número total de patentes en vigor en 2004 y 2005 por oficina⁴⁰



Gráfica 12: Número de patentes en vigor en 2005, con arreglo al país de origen del solicitante de la patente



⁴⁰Cabe observar que, en lo que respecta a las patentes en vigor de acuerdo con la OMPI, no se dispone de información sobre varias oficinas, en particular, las del Brasil y la India y algunas oficinas europeas.

Los solicitantes del Japón y de los Estados Unidos de América poseían el 28% y el 21% de patentes en vigor en el mundo en 2005, respectivamente.

En definitiva estos datos nos revelan claramente que los países desarrollados e industrializados son los principales usuarios y beneficiarios del régimen. Al respecto Stiglitz señala que “...el régimen de propiedad intelectual establecido en la Ronda Uruguay no era equilibrado y reflejaba sobre todo los intereses y perspectivas de los productores y no de los usuarios, en los países desarrollados o en desarrollo.”(Stiglitz, p. 35; 2002)

Situación que también se refleja en el idioma de presentación de las solicitudes internacionales PCT⁴¹, conforme se puede apreciar en el cuadro adjunto, el inglés, el japonés, el alemán, el chino, el coreano y el francés son los idiomas utilizados por las principales potencias; superando en mucho a otros idiomas con más hablantes, como el español que a pesar de ser un lenguaje utilizado por un importante número de países, la mayoría de ellos no es industrializado.

Tabla 5: Idiomas de presentación de las solicitudes internacionales de PCT

⁴¹pueden presentarse en cualquier idioma aceptado por la Oficina receptora de que se trate.

Idiomas de presentación						Porcentaje
	2004	2005	2006	2007	2008	2008
Inglés	77,845	84,668	91,719	96,830	97,615	59.7%
Japonés	18,263	22,150	24,293	25,308	26,851	16.4%
Alemán	14,603	15,867	16,728	17,768	18,701	11.4%
Chino	1,428	2,232	3,476	4,819	5,564	3.4%
Coreano	2,093	2,668	3,543	4,594	5,065	3.1%
Francés	4,504	4,867	5,167	5,311	4,569	2.8%
Español	844	1,070	1,166	1,237	1,356	0.8%
Italiano	632	707	1,022	1,356	1,292	0.8%
Ruso	582	689	750	776	754	0.5%
Holandés	501	485	501	485	515	0.3%
Finlandés	354	429	415	503	448	0.3%
Sueco	640	547	440	483	410	0.3%
Noruego	143	175	171	182	147	0.1%
Danés	126	111	138	120	85	0.1%
Húngaro	14	24	41	42	55	<0.1%
Turco	23	12	17	19	53	<0.1%
Esloveno	13	14	22	19	41	<0.1%
Checo	2	10	11	19	33	<0.1%
Portugués	6	9	17	17	24	<0.1%
Eslovaco	4	5	8	11	11	<0.1%
Croata	12	11	11	16	10	<0.1%
Todos los demás	0	1	0	1	1	<0.1%
Total	122,632	136,751	149,656	159,916	163,600	100.0%

Fuente: Base de datos de estadísticas de la OMPI

Del mismo modo, otros hechos empíricos que revelan que el régimen de patentes beneficia principalmente a las grandes potencias se observa en la nacionalidad de las principales empresas usuarias del régimen, de este modo de las cien principales compañías que recurrieron al Sistema del PCT en 2008, 38 proceden de los Estados Unidos, 28 del Japón y 13 de Alemania.

Tabla 6: Principales empresas a nivel mundial usuarias del régimen

2008 Ranking	Change in Ranking Compared to 2007	Applicant's Name	Country of Origin	PCT International Applications Published in 2008	Change in Number of Publications Compared to 2007
1	+3	HUAWEI TECHNOLOGIES CO., LTD.	China	1,737	+372
2	-1	PANASONIC CORPORATION	Japan	1,729	-371
3	-1	KONINKLIJKE PHILIPS ELECTRONICS N.V.	Netherlands	1,551	-490
4	+2	TOYOTA JIDOSHA KABUSHIKI KAISHA	Japan	1,364	+366
5	0	ROBERT BOSCH GMBH	Germany	1,273	+127
6	-3	SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT	Germany	1,089	-555
7	+2	NOKIA CORPORATION	Finland	1,005	+180
8	+5	LG ELECTRONICS INC.	Republic of Korea	992	+273
9	+12	TELEFONAKTIEBOLAGET LM ERICSSON (PUBL)	Sweden	984	+387
10	+4	FUJITSU LIMITED	Japan	983	+275
11	-4	QUALCOMM INCORPORATED	United States of America	907	-67
12	+4	NEC CORPORATION	Japan	825	+199
13	+2	SHARP KABUSHIKI KAISHA	Japan	814	+112
14	-6	MICROSOFT CORPORATION	United States of America	805	-40
15	-5	MOTOROLA, INC.	United States of America	778	-46
16	-5	BASF SE	Germany	721	-101
17	+2	INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORPORATION	United States of America	664	+58
18	-6	3M INNOVATIVE PROPERTIES COMPANY	United States of America	663	-106
19	+1	SAMSUNG ELECTRONICS CO., LTD.	Republic of Korea	639	+41
20	+5	E.I. DUPONT DE NEMOURS AND COMPANY	United States of America	517	+13

Fuente: Bases de datos de estadísticas de la OMPI

Como se puede observar, durante el año 2008 una compañía china encabeza la lista de los solicitantes PCT, se trata de la firma Huawei Technologies Co. Ltd., una de las principales del ramo de las telecomunicaciones, que está domiciliada en la ciudad de Censen y de la cual se publicaron 1.737 solicitudes internacionales PCT, el segundo lugar correspondió a Panasonic Corporation, del Japón, que presentó 1.729 solicitudes, y tras ella siguen Koninklijke Philips Electronics N.V., de los Países Bajos, con 1.551 solicitudes; Toyota JidoshaKabushikiKaisha, del Japón, con 1.364 solicitudes; y Robert Bosch GMBH, de Alemania, con 1.273 solicitudes publicadas.

Del mismo modo el tipo de tecnologías que se patentan y que se encuentran en crecimiento y auge, son otra prueba fehaciente de que el régimen beneficia a las grandes potencias, puesto que se trata de sectores que necesitan de una gran infraestructura, conocimiento y capital para ser explotados, recursos con los que no cuentan los países en desarrollo.

3.2.3.2. Tecnologías con intensa actividad en materia de patentes:

Según cifras de la OMPI en 2005, la actividad más intensa en materia de patentes se registró en tecnología informática con 144.594 solicitudes, telecomunicaciones con 116.770 y tecnologías de maquinaria eléctrica con 121.350.

Del mismo modo las solicitudes internacionales PCT publicadas en el ámbito de los semiconductores registraron un aumento del 28%, convirtiéndose éste último en el ámbito que creció más rápidamente en 2006, seguido por el de las tecnologías de la información (+22%) y el de los productos farmacéuticos y cosméticos (+21%).

De esta manera durante el año 2006, el 23% de las solicitudes internacionales publicadas se clasificaron en tres ámbitos tecnológicos, a saber, las telecomunicaciones, los productos farmacéuticos y cosméticos y las tecnologías de la información.

Dentro de solicitudes internacionales PCT, publicadas en 2008 la mayor proporción corresponde a la tecnología médica (12%), la informática (8,5%) y los productos farmacéuticos (7,9%).

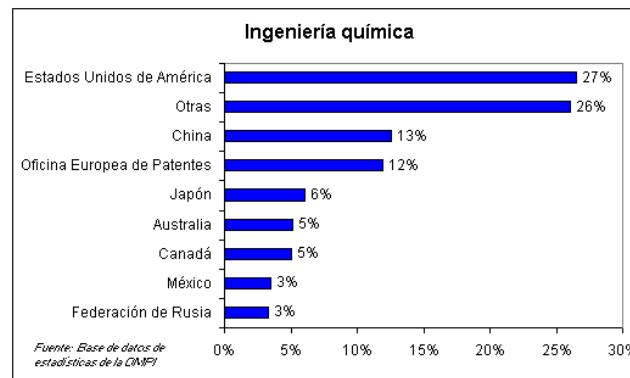
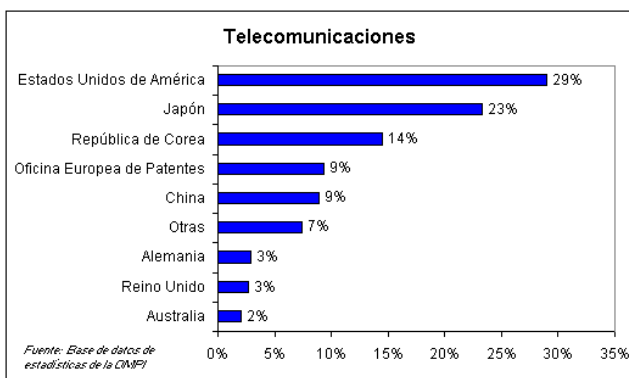
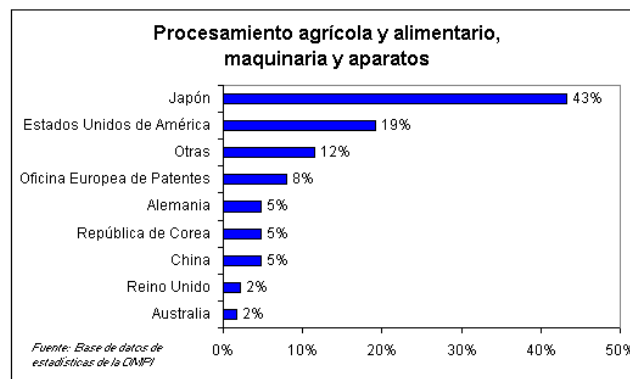
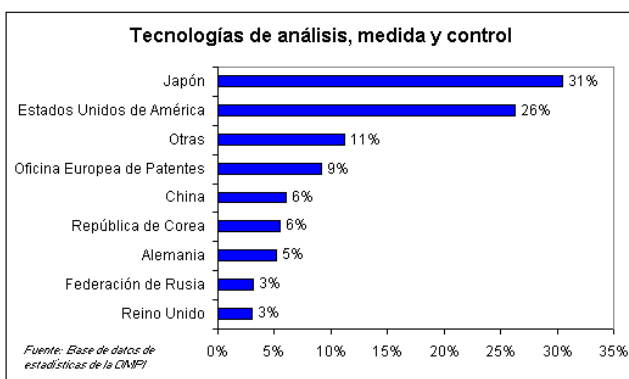
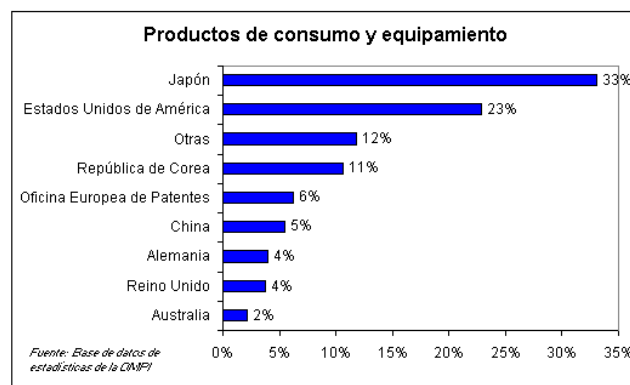
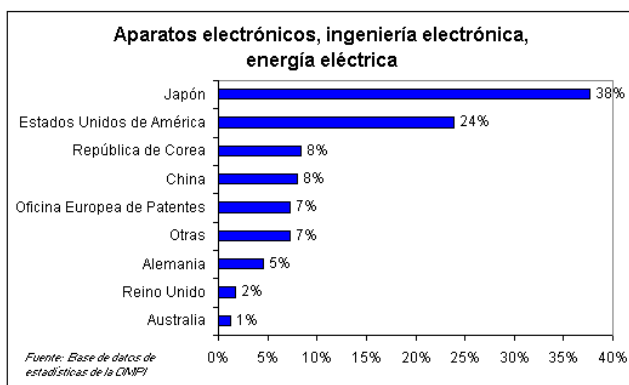
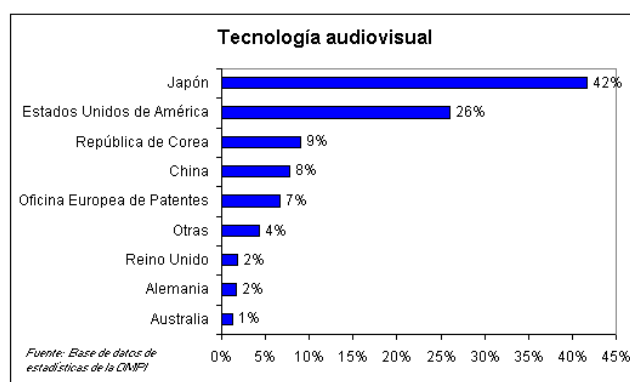
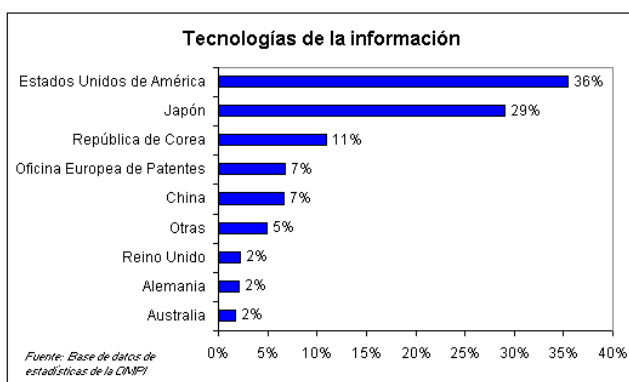
Las esferas de la tecnología que crecen con mayor rapidez son los métodos de la tecnología de la información para la gestión (22,7%), las microestructuras y la nanotecnología (20,7%), aunque el número total de solicitudes presentadas para esta tecnología sigue siendo relativamente bajo.

Tabla 7: Sectores de la tecnología correspondientes a las solicitudes internacionales PCT publicadas en 2008 y el crecimiento anual en ese año

Sectores de la tecnología	Año de publicación					Crecimiento anual
	2004	2005	2006	2007	2008	
I Electricidad - Electrónica						
1 Aparatos electrónicos, ingeniería electrónica, energía eléctrica	6,543	7,931	9,035	10,088	11,257	+11.6%
2 Tecnología audiovisual	5,742	6,097	6,598	6,821	6,730	-1.3%
3 Telecomunicaciones	7,256	8,641	10,121	11,620	12,492	+7.5%
4 Comunicación digital	4,862	5,304	5,980	7,173	7,996	+11.5%
5 Procesos básicos de comunicación	1,553	1,576	1,728	1,773	1,883	+6.2%
6 Tecnología informática	7,993	10,453	12,177	13,519	13,965	+3.3%
7 Métodos de gestión mediante T.I.	1,899	1,525	2,051	2,385	2,927	+22.7%
8 Semiconductores	3,956	4,653	5,938	6,430	6,906	+7.4%
II Instrumentos						
9 Óptica	4,273	5,136	5,911	6,054	6,392	+5.6%
10 Medida	6,291	7,087	8,083	8,761	9,137	+4.3%
11 Análisis de materiales biológicos	2,565	3,077	2,983	2,930	3,024	+3.2%
12 Control	2,746	2,983	3,348	3,498	3,571	+2.1%
13 Tecnología médica	9,404	12,026	17,710	18,909	19,661	+4.0%
III Química						
14 Productos orgánicos elaborados	8,205	8,887	9,583	9,583	9,621	+0.4%
15 Biotecnología	7,698	7,563	7,471	7,536	7,698	+2.1%
16 Productos farmacéuticos	8,681	10,638	12,757	12,969	12,967	+0.0%
17 Química macromolecular, polímeros	3,653	4,105	4,821	4,825	4,955	+2.7%
18 Química de alimentos	1,851	2,004	2,338	2,346	2,423	+3.3%
19 Química de materiales	4,745	5,398	6,250	6,897	7,343	+6.5%
20 Materiales, metalurgia	3,005	3,238	3,745	4,015	4,265	+6.2%
21 Tecnología de superficie, revestimientos	3,330	3,720	4,370	4,312	4,410	+2.3%
22 Tecnología de las microestructuras nanotecnología	237	248	355	429	518	+20.7%
23 Ingeniería química	4,638	4,800	5,406	5,598	6,000	+7.2%
24 Tecnología medioambiental	2,085	2,153	2,562	2,934	3,321	+13.2%
IV Ingeniería mecánica						
25 Manejo	3,563	4,303	4,847	5,088	5,044	-0.9%
26 Máquinas herramienta	2,755	3,352	3,576	3,746	4,244	+13.3%
27 Motores, bombas, turbinas	3,222	3,470	3,950	4,529	5,086	+12.3%
28 Maquinaria textil y de papel	2,746	3,087	3,466	3,136	3,198	+2.0%
29 Otra maquinaria especial	4,164	4,889	5,391	5,468	5,997	+9.7%
30 Procesos térmicos y aparatos	1,624	1,930	2,172	2,499	2,805	+12.2%
31 Componentes mecánicos	3,724	4,157	4,757	5,150	5,853	+13.7%
32 Transporte	4,926	5,642	6,129	6,826	7,649	+12.1%
V Otros sectores						
33 Mobiliario, juegos	2,975	3,649	4,183	4,455	4,398	-1.3%
34 Otros productos de consumo	2,757	3,254	3,701	3,852	4,097	+6.4%
35 Ingeniería civil	3,856	3,939	4,409	4,732	5,278	+11.5%

Fuente: Base de datos de estadísticas de la OMPI

Gráfica 13: Distribución de las solicitudes de patente presentadas en determinados sectores técnicos (por oficina de patentes) entre 2000 y 2004



Como se puede observar los principales sectores beneficiarios de la tecnología son los que requieren de capital, recursos económicos y humanos que únicamente pueden ser provistos por los países desarrollados.

De esta forma, en su análisis de las tendencias mundiales en materia de patentes, el informe anual de la OMPI revela que las solicitudes de patente presentadas en esas esferas representan el 32% de las solicitudes de patente a nivel mundial.

Pero además según datos de los años 2000 y 2004 las solicitudes de patente se concentran en las oficinas de Japón, Estados Unidos de América, República de Corea, la OEP y China y entre ellas, las oficinas de patentes del Japón y de los Estados Unidos de América presentan los índices más altos de actividad en los sectores indicados.

En resumen, "...menos del 2% del patentamiento global se origina en América Latina. El 97% de la patentes de Europa y los EE.UU. se concentran en empresas de Europa, EE.UU. y Japón." (Crespo; p. 30, 2011) y si bien no existen cifras oficiales conservadoramente se cree que en Latinoamérica más del 90% de las patentes han sido concedidas a no residentes y de ellas más del 50% pertenecen a empresas estadounidense. (Kresalja; p.206, 2001)

De este modo la evidencia nos demuestra que son los países desarrollados los principales beneficiarios de las "bondades" del régimen de propiedad intelectual, sin embargo los defensores del régimen señalan que aquello no es sino muestra de que la propiedad intelectual es factor esencial para el crecimiento y la inversión.

Sin embargo, para autores como Vandana Shiva aquello no necesariamente es verdad pues explica que durante estos últimos años y bajo el cobijo del régimen, las empresas de biotecnología han gastado más de 7.000 millones de dólares al año en investigación y desarrollo, mientras que en 1995, a pesar de una protección de patente poco sólida, se invirtieron más de 12.000 millones de dólares en el sector.

Este dato demostraría que no existe una correlación entre inversión y derechos de Propiedad Intelectual, así pues no se ha confirmado la correlación entre inversión en investigación, desarrollo y crecimiento.

Por el contrario la misma autora señala que es posible demostrar que el régimen de Propiedad Intelectual favorece a las grandes potencias mundiales y a los grupos industriales.

Además explica que la inversión extranjera directa se concentra en manos de un pequeño número de empresas y sólo diez países en desarrollo absorben el ocho por ciento de todo el flujo de investigación extranjera directa hacia el Sur.

Esta situación debe ser comparada con el pago de derechos de patente de todos los países en desarrollo a los titulares de los derechos de propiedad intelectual extranjeros, y resulta que alrededor del setenta por ciento del pago global de derechos de patente y cuotas de licencia se compone de transacciones entre la empresa matriz de las multinacionales y sus filiales en el extranjero.

Para los críticos, la premisa que sostiene que patentar las innovaciones permite a los inventores recuperar los costos de inversión y desarrollo resulta ser poco sólida, puesto que “Las pruebas empíricas demuestran que en los países desarrollados la industria recupera del quince al veinte por ciento de sus costos de investigación y desarrollo por medio de las patentes, mientras que en un país como India, la cifra para un inventor nacional es del 0,5 al 2 por ciento.” (Vandana Shiva; 2003 p.11)

Además la evidencia práctica muestra que las empresas generalmente compran las patentes a pequeños inventores o a las instituciones del sector público, así por ejemplo de acuerdo a Vandana Shiva, el 92 por ciento de los medicamentos contra el cáncer descubiertos entre 1955 y 1992 se desarrollaron con fondos del gobierno estadounidense, pero las patentes de dichos medicamentos pertenecen a las multinacionales. (Vandana Shiva; 2003 p.11)

Así, los monopolios de patente casi siempre se han reivindicado a favor de las grandes industrias dejando al margen al inventor cuya creatividad en casi todos los casos, ha sido absorbida o comprada a bajos precios por empresas poderosas.

Los detractores del régimen, señalan que los Derechos de Propiedad Intelectual constituyen, fundamentalmente, una distorsión del mercado, un monopolio y una subvención consentida por un gobierno.

Señalan que ellos ponen límites territoriales a las tecnologías y a otras invenciones para que las empresas puedan conseguir mayores beneficios y explican que el grupo de presión occidental en materia de patentes, quiere hacernos creer que las patentes son necesarias para lograr el crecimiento y los altos niveles de vida de los mercados libres que se obtienen mediante la generación de tecnología.

En resumen para los detractores del régimen el sistema de patentes "regula" la competencia y no estimula necesariamente la generación de tecnología, y mucho menos la difusión, así las patentes se han convertido en el activo más importante de Estados Unidos y en un componente cada vez mayor de las exportaciones.

En 1947, la propiedad intelectual suponía algo menos del 10 por ciento de todas las exportaciones estadounidenses. En 1986, la cifra había ascendido al 37 por ciento, y en 1994 era bastante más del 50 por ciento.

A lo largo de su historia, las patentes han sido fuente de conflictos entre los derechos individuales y el interés público, constituyen el terreno de discusión de un conflicto básico entre la propiedad privada, la creación de monopolios y los beneficios privados, frente al interés público y los beneficios sociales de la ciencia y la tecnología.

Debido a este conflicto las leyes de patentes que protegen con firmeza el interés privado son débiles para proteger el interés público. Entonces, la fortaleza o la debilidad del sistema y del régimen tiene que ver principalmente con el interés que se está protegiendo.

Entonces los países industrializados serían los grandes beneficiarios de un régimen firme respecto del interés privado, pues poseen la mayor cantidad de patentes, esto hace que sean ellos quienes recauden ingentes cantidades de dinero por este tema.

Por ejemplo en 1995, Estados Unidos cobró la mitad de los derechos de patente del mundo, situación que en lugar de propiciar el desarrollo, fomenta la consolidación de una estructura económica que permite extraer más riqueza de los pobres para los ricos.

Así pues si bien cada año fluyen 50.000 millones de dólares del Norte al Sur en forma de ayuda, el Sur pierde 500.000 millones de dólares anuales en concepto de pago de intereses de la deuda y por la pérdida de precios justos para las materias primas a causa de unas condiciones comerciales desiguales.

Del mismo modo en 1996, Estados Unidos ganó 30.000 millones de dólares en concepto de derechos y cánones de patente, mientras que los países del Sur llegaron a gastar 18.000 millones de dólares en 1995 para comprar tecnología patentada.

Sólo diez países poseen el 95 por ciento de las patentes registradas en EEUU y entonces obtienen el 90 por ciento de las regalías y derechos de licencia transfronterizos, y el 70 por ciento de las regalías mundiales y de los pagos por licencias se realizaron entre las empresas matrices y las filiales de las multinacionales.

Situación que se repite a nivel mundial, así por ejemplo en Europa, el 81 por ciento de todo el gasto suizo en investigación y desarrollo y el 69 por ciento de la investigación y desarrollo holandes fue por cuenta de cuatro empresas.

3.2.3.3. Las patentes y la creatividad

Quizá la premisa más importante de los derechos de Propiedad Intelectual, consista en el hecho de que la gente es creativa únicamente cuando va a recibir u obtener réditos o beneficios económicos. Es decir, para los defensores del régimen de propiedad intelectual, las patentes propician la generación de conocimiento y sin ellas el conocimiento permanecería oculto.

Situación que resulta lógica si se considera que el objeto del sistema capitalista es la acumulación de capital, situación que determina el éxito en la vida de una persona, sin embargo bajo la perspectiva de los críticos, esta premisa contiene tres errores fundamentales:

3.2.3.3.1. Cuando no existen patentes, los conocimientos se comparten libremente y no se guardan en secreto.

Olvidan que el conocimiento, por su propia naturaleza, se sustenta en el libre flujo de conocimientos y que se trata de una empresa colectiva y acumulativa que se basa en el intercambio dentro de una comunidad.

Se trata por lo tanto de una expresión de la creatividad humana, tanto individual como colectiva y en consecuencia la esencia misma del desarrollo tecnológico y la ciencia, se encuentra en el libre intercambio de ideas.

Para ellos, por lo tanto, el supuesto de que las patentes contribuyan a estimular la creatividad y la inventiva, se sustenta en una interpretación falsa, a través de la que se trata al conocimiento como a una mercancía.

Constituyéndose por tanto en un instrumento para controlar el mercado en exclusiva⁴², ofreciendo a su propietario una ventaja competitiva, entonces las patentes contrarían la naturaleza misma del conocimiento puesto que conceden un derecho de exclusiva a través de la propiedad intelectual privada, sobre la ficción de una innovación científica totalmente individualista.

Como bien señalan los detractores al régimen históricamente casi todo el conocimiento se ha producido dentro del ámbito público, sin necesidad de protección de patente alguna, de este modo en su opinión la incorporación de esta figura jurídica ha hecho que las universidades pasen de ser centros de aprendizaje e investigación que producen

⁴²Es que las patentes aseguran que nadie puede entrar, ni siquiera fabricar, dentro de ese mercado, ejerciendo así un control preponderante y exclusivo.

conocimientos que sirven a la gente, a ser centros de producción de conocimientos para la propiedad intelectual.

Como explica Emmanuel Epstein, un conocido microbiólogo:

*"Antes, intercambiar ideas entre colegas sin pensárselo dos veces, compartir los últimos descubrimientos recién obtenidos de la escintilación de centelleo o de la celda de electroforesis, enseñarse unos a otros los primeros borradores de las ponencias, y actuar en otros aspectos como compañeros en una investigación entusiasta era lo más natural del mundo. [Pero] se acabó" (En Vandana; 2003, p. 35 citado en *Biotechnology: The University-Industrial Complex*, de Martin Kenney; 1993).*

Reflexionando sobre el fin de la franqueza científica en el *University Industrial Complex*, Martin Kenny (1993) observa que:

"el miedo a que te tomen la delantera o a ver el trabajo de uno transformado en una mercancía puede silenciar a los que se supone que son colegas. Ver algo que uno ha producido convertido en un producto que venderá alguien sobre quien no se tiene control puede hacer que una persona se sienta violada. El producto del amor se convierte en una simple mercancía; hoy el trabajo es un artículo que se intercambiará según su precio de mercado. El dinero es el árbitro del valor de un desarrollo científico." (Vandana; 2003, p. 36)

La franqueza, el intercambio libre de ideas y de información, de materiales y técnicas son los componentes fundamentales de la creatividad y la productividad de la comunidad investigadora, por lo tanto al introducir el secreto en la ciencia, los derechos de Propiedad Intelectual, la comercialización y la privatización terminan con el potencial de la creatividad.

Las patentes, entonces, tienen el potencial de destruir el conocimiento, destruir la capacidad productiva y minar el potencial para el desarrollo. De este modo, el secreto necesario para nutrir la cultura de las patentes podría poner en peligro la transparencia necesaria para nutrir la cultura del conocimiento y al ser aquel un producto social, debilitaría el tejido social de la producción de conocimientos e innovación, lo que sin duda afectará su generación y transferencia.

3.2.3.3.2. Lo que se ofrece a través de las patentes no son conocimientos, sino información, y las patentes impiden a otros utilizar dicha información.

Los defensores del régimen señalan que la Propiedad Intelectual no busca la apropiación de las ideas, sino su forma de expresión y que además un sistema de derecho de propiedad intelectual mundial uniforme estimularía la inversión en investigación y la transferencia de tecnología en los países en desarrollo.

No obstante hoy las cláusulas de "revelación" de las leyes de patentes que tienen que ver con los incentivos medievales para "revelar los misterios de la técnica", hoy se presentan como necesarias para la transferencia de conocimientos a la sociedad.

3.2.3.3.3. Las patentes son, ante todo, un medio de generar ingresos, no de generar o transferir conocimientos

Las patentes son un instrumento que tiene por objeto generar un derecho monopólico y de exclusiva que finalmente no hace sino impedir la transferencia de tecnología entre el Norte y el Sur. Por lo tanto se trata de una visión utilitarista, economicista y egoísta, pues pretende desconocer que en repetidas ocasiones han existido una serie de personas cuyos aportes no responden a cuestiones relativas a sus ingresos económicos, sino son producto del amor a la ciencia, para de este modo alcanzar el éxito a través de su aporte al desarrollo científico.

Aunque a menudo se dice que sin derechos de Propiedad Intelectual no habrá incentivos para la investigación, se olvida el hecho de que los seres humanos respondemos a un sinnúmero de incentivos.

Por ejemplo para varios investigadores y científicos el incentivo principal son las citas y publicaciones. Trabajan bajo la lógica de "publicar o perecer", no obstante los regímenes de propiedad intelectual han transformado aquello provocando cambios antinaturales en la cultura de investigación, en donde la lógica se está transformando en "patentar o perecer".

No obstante, la evidencia empírica demuestra que una mejor protección de patentes no se traduce necesariamente en un incremento en la inversión o en la investigación y el desarrollo.

Edwin Mansfield a través de una muestra aleatoria de 100 empresas estadounidenses de doce sectores diferentes, demostró que la protección de patentes resultó esencial en el desarrollo o la introducción del 50 por ciento o más de las invenciones en únicamente dos sectores: el farmacéutico y el químico. (Shiva; p.31, 2003)

Otros tres sectores, petróleo, maquinaria y productos de metal fabricados, dependían de la protección de patente entre el 10 y el 20 por ciento. En los demás sectores, la protección de patente no tenía repercusión alguna en la innovación.

Cuestión que también se observa a través de un estudio realizado en 1985 a 100 empresas por la UNCTAD, demostrando que el papel de las patentes frente a la innovación no sólo era específico para el sector, sino que además era distinto según el país y que por lo tanto no existía una relación intersectorial uniforme entre los derechos de Propiedad Intelectual y la innovación.

Además el *World Development Report* del Banco Mundial, de los años 1998-99 analizó la experiencia de más de ochenta países y averiguó que el efecto de los derechos de propiedad intelectual en los flujos comerciales en artículos de alta tecnología era insignificante.

Por si fuera poco, el Informe del Proyecto de Desarrollo Humano, del PNUD de 1999, reveló que el establecimiento de normas más rígidas y estrictas en temas de Propiedad Intelectual no anima a las multinacionales a llevar a cabo proyectos de investigación o desarrollo.

Para los detractores del sistema aún en los sectores en los que los derechos de Propiedad Intelectual resultan importantes, llegan a producir efectos negativos, así pues un estudio realizado en 1996 por Michael Kremer reafirma la relación profundamente distorsionada que hay entre la industria farmacéutica y el sistema de patentes, señalando que el incentivo de los derechos de propiedad intelectual sirve para aumentar los precios y reducir el consumo.

En su opinión la desigualdad económica entre los países industrializados ricos y los países pobres del Tercer Mundo es el resultado de 500 años de colonialismo y del mantenimiento y la creación ininterrumpida de mecanismos para extraer riqueza del Tercer Mundo.

Quizá esta situación se puede apreciar en las cifras proporcionadas por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, en las que como dijimos se observa que si bien cada año fluyen 50.000 millones de dólares del Norte al Sur en forma de ayuda, el Sur pierde 500.000 millones de dólares anuales en concepto de pago de intereses de la deuda y por la pérdida de precios justos para las materias primas a causa de unas condiciones comerciales desiguales.

Para los críticos al régimen la cuestión es clara, pues en su opinión la pobreza o la falta de desarrollo de un estado no es producto de un adecuado marco normativo de Propiedad Intelectual que incentive y promueva el desarrollo.

Para ellos el problema radica en la desigualdad estructural del sistema económico internacional, que permite extraer más riqueza de los pobres para los ricos, es decir del Sur para el Norte.

De este modo, los países del Tercer Mundo están perdiendo sus capacidades tecnológicas, mientras que las corporaciones mundiales mantienen un control estricto de las tecnologías patentadas, incluso cuando cruzan las fronteras.

El sistema de patentes, tal como lo prevé el Acuerdo ADPIC, está provocando que los países menos adelantados pierdan más del doble en el ámbito de la transferencia de tecnología.

Un estudio del PNUD muestra que si las comunidades indígenas de los países en desarrollo cobraran una regalía del 2 por ciento por la diversidad biológica que desarrollan, estarían perdiendo 300 millones de dólares en concepto de regalías no

pagadas por las semillas de los agricultores y más de 5.000 millones de dólares por las de las plantas medicinales.

En lugar de eso los Estados Unidos en vez de pagar a los países del sur lo que se les debe por el uso de los conocimientos tradicionales, afirma que el Sur le debe 202 millones de dólares en concepto de regalías de los productos químicos destinados a la agricultura y 2.500 millones de dólares por las regalías de los productos farmacéuticos⁴³.

De este modo el régimen de patentes representa una pérdida de tecnología y de riqueza del Sur en favor del Norte y está lejos de ser un mecanismo para la transferencia de tecnología de los países ricos a los pobres.

Conforme lo dispuesto por el ADPIC, la salida de las escasas divisas extranjeras que poseen para efectuar los pagos de las regalías⁴⁴ incrementará su deuda, volviendo aún más pobres a los países en desarrollo.

Así en la concesión de patentes como derechos privados por la innovación y la creatividad individuales y la visión del conocimiento como un esfuerzo colectivo, existe un conflicto intrínseco.

Sobre el "premio a la creatividad" concedido por las patentes, para los detractores al régimen, aquel no es sino el pretexto utilizado para justificar el verdadero alcance y los reales objetivos que tienen las patentes, el monopolio del mercado internacional.

A todo ello podemos sumar el hecho de que los derechos de Propiedad Intelectual están modificando el sistema de incentivos, pasando de servir al bien público a trabajar para el beneficio privado, aún cuando históricamente la independencia del interés económico ha sido el distintivo de las instituciones del saber.

⁴³Cifra que se calcula suponiendo que los países en desarrollo tuviesen una normativa de patentes similar a la de los Estados Unidos.

⁴⁴Sobre todo porque el ADPIC posibilita la patente de alimentos.

Los defensores del régimen de propiedad intelectual explicarán que en varios estudios realizados, entre ellos Sheldon Krimsky, en su libro *Biotechnics and Society: The Rise of Industrial Genetics* alude a un estudio de los artículos publicados en catorce destacadas revistas de medicina y ciencias realizado por científicos de Massachusetts en 1992, donde se observa que más de la tercera parte de los autores, presentaban un interés económico en su investigación.

Sin embargo omiten señalar que el 20 por ciento estaba vinculado al sector de la biotecnología y el 22 por ciento había solicitado una patente relacionada con el objeto del artículo y que numerosos estudios han demostrado que la investigación financiada por las empresas puede crear un sesgo, que favorece claramente a los patrocinadores empresariales en detrimento del interés público.

Por lo tanto, en los sistemas dominados por las empresas y la Propiedad Intelectual, desaparece el interés público en la investigación, y la comercialización se convierte en el patrón para evaluar la pertinencia de los programas de enseñanza y de investigación.

Recordemos que uno de los requisitos necesarios para la patentabilidad es que tenga aplicación industrial y que en consecuencia sea rentable desde un punto de vista económico comercial.

Por lo tanto, en cuanto ignoramos lo útil y lo necesario y nos concentramos exclusivamente en la rentabilidad, estamos destruyendo las condiciones sociales para la creación de diversidad intelectual.

La lógica final de la privatización de los conocimientos es definir el intercambio libre de conocimientos como robo y piratería. Por desgracia, la criminalización del intercambio de conocimientos ya es una realidad.

En resumen se puede decir que a criterio de los opositores al régimen no existen pruebas de que la Propiedad Intelectual fomente o propicien la investigación y el desarrollo, por el contrario lo inhibe y lo condiciona a la obtención de un beneficio económico.

CAPITULO IV

4. Salud Pública y Patentes

4.1. Introducción

El presente capítulo tiene por objeto establecer la relación y los conflictos de intereses existentes entre la propiedad intelectual, concretamente las patentes, y la salud pública, cuestión que resulta importante a la hora de entender y comprender al régimen de propiedad intelectual.

Por ello durante el presente capítulo empezaremos definiendo la importancia y el alcance del derecho a la salud, así como la importancia y el alcance que tiene el derecho de propiedad intelectual en la materia.

En este orden de ideas presentaremos las premisas de los defensores del régimen de patentes, que ven en ella una recompensa y el incentivo sin el cual no es posible sostener una investigación en este campo, debido a los ingentes gastos y al profundo esfuerzo investigativo que representa.

Abordaremos también las opiniones críticas que destacan que este tipo de regímenes priorizan el interés privado por sobre el bienestar público y presentaremos la evidencia empírica que demuestra en opinión de los críticos que son pocos los beneficiarios de un régimen como este.

También nos centraremos en las flexibilidades que brinda el régimen, concretamente la de las licencias obligatorias que fue recogida a través de instrumentos internacionales, mostraremos entonces los éxitos y fracasos del instrumento y las razones sobre las ventajas y desventajas que presenta en opinión de sus defensores, así como de sus detractores.

Finalmente, aterrizaremos en el caso concreto del Ecuador, presentando datos e información estadística proporcionada por el IEPI para interpretarla a través de las posiciones y perspectivas académicas desarrolladas a lo largo de todo el trabajo.

Así podremos en términos generales llegar a una serie de conclusiones que nos permitirán comprender que el sistema de patentes y el régimen de propiedad intelectual, no es ni un ángel, ni un demonio y que como todo marco regulatorio es perfectible y responde a varios intereses y necesidades, en ocasiones distintos de los que inicialmente previó satisfacer, pues su lectura y aplicación depende de la forma como se interpreten y se usen sus instrumentos. En definitiva y parafraseando a Mearsheimer los regímenes son lo que los actores deciden que sean.

4.2. Patentes y derecho a la salud

El derecho a la salud constituye un derecho humano fundamental y sin su pleno ejercicio los seres humanos no podrían desarrollarse ni social ni individualmente, por lo tanto, el Estado debe equilibrar el interés particular relacionado con los derechos exclusivos de explotación económica y el derecho de la población con relación a la salud y la vida.

En este sentido, en un Estado constitucional no puede sobreponerse el interés privado al interés colectivo, la administración debe asegurar que la colectividad tenga el acceso a la salud, que eventualmente frente a derechos de exclusividad podría verse limitado, generando un incidente social que determine la vida o la muerte de una persona.

Como ya señalamos, el 21 de enero de 1996 el Ecuador suscribe el Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio ADPIC, requisito principal para formar parte de la OMC.

Dentro de este acuerdo se establecen los estándares mínimos de protección de Propiedad Intelectual para los países miembros de la OMC, siendo uno de ellos el de dar protección a los desarrollos farmacéuticos a través del registro de patentes de invención.

Correa califica a este hecho “como una de las concesiones principales que han efectuado los países en desarrollo...” (Correa; p. 131, 1996)

Los defensores del régimen señalaban que la consagración de un derecho de propiedad intelectual, incentivaría la investigación, pues aseguraría una recompensa económica posterior, con lo que se entiende al régimen de patentes como un instrumento necesario para garantizar la salud pública.

Sin embargo opiniones como las de Remiche y Desterbercq, sustentadas en Braga, sostienen que “...no contribuye, sino que al contrario obstaculiza, el desarrollo industrial tecnológico, y dificulta el aprovisionamiento de un producto de primera necesidad...” (Braga en Remiche y Desterbercq, p. 255, 256; 1997) y citan como ejemplo los casos de Argentina, Costa Rica y Turquía, donde la abolición de las patentes permitió la expansión de las farmacéuticas locales⁴⁵. (Braga en Remiche y Desterbercq, p. 255, 256; 1997)

En consecuencia no solucionan el principal problema de los países en desarrollo, esto es el acceso de la población mundial a los medicamentos necesarios para una vida digna, por ello los países en desarrollo sostuvieron que era muy difícil conceder protección por patentes a productos que van a decidir sobre la vida de las personas.

Sobre estos postulados, argumentan las potencias, se construyen instrumentos internacionales como el ADPIC, sin embargo para sus detractores a través de estas normas, los países en desarrollo sacrificaban un bien de interés social a cambio de pertenecer al entorno global comercial.

Esta disyuntiva en opinión de los defensores del régimen condujo a que en su seno se desarrollen instrumentos internacionales, como la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, que buscaban flexibilizar la normativa internacional.

Así por ejemplo, se generaron plazos de transición, de hasta 10 años, para la aplicación de los ADPIC, respecto de aquellas tecnologías, como los medicamentos, que no

⁴⁵ Como sustento de lo anterior refieren ciertos estudios del Banco Mundial: H Saxenian, Getting the most of pharmaceuticals Expenditures, Working Paper No. 37, The QWorld Bank, 1994 y G. Dunkes y D. Broun, Pharmaceutical Policies: Rationale and Designe, Working Paper No. 35, The World Bank, 1994.

gozaban de ese tipo de protección en el momento de suscribirlo.⁴⁶ Otro ejemplo es la incorporación que hiciera la OMC en el artículo 31 de los ADPIC sobre la figura de las licencias obligatorias.

No obstante, en criterio de los detractores, estas instituciones se muestran insuficientes, pues no logran controlar el alto costo de los medicamentos ni el fortalecimiento desmedido del sistema de patentes.

Así señalan que en las regiones más pobres del África más del 50 por ciento de la población no puede acceder a los medicamentos necesarios, se estima también que aproximadamente 1.500 millones de personas no llegarán a cumplir sesenta años, y que más de 880 millones no dispone de atención sanitaria ni tampoco llegarán a cumplir setenta años.

En esta perspectiva el 95% de las 17 millones de muertes naturales por enfermedades infecciosas ocurren en los países en desarrollo, no obstante hay que reconocer que la Propiedad Intelectual es sólo parte del problema de acceso a medicinas.

Al respecto Stiglitz señala que: *“miles de personas resultaron de hecho condenadas a muerte, porque los gobiernos y los ciudadanos de los países subdesarrollados ya no podrían pagar los elevados precios ahora impuestos.”* (Stiglitz; p. 35, 2002)

En el caso concreto del VIH/SIDA de los más de 33 millones de personas contagiadas que hay en el mundo, alrededor del 95% viven en países en desarrollo, y en la gran mayoría de los casos no pueden costearse los medicamentos ni el tratamiento necesario.

En la actualidad, hay cerca de 32,3 millones de personas afectadas por el VIH/SIDA en los países en desarrollo y cada año mueren más de 2,5 millones de personas por esta enfermedad.

⁴⁶En el caso ecuatoriano, se renunció a toda la fase de transición y se asumió los compromisos establecidos después de 6 meses de suscrito el Tratado, esto es 31 de julio de 1996.

Si bien los “cócteles” de medicamentos han reducido la mortalidad en un 75 por ciento y la morbilidad en un 73 por ciento en un período de tres años en Estados Unidos, el tratamiento es muy caro, siendo así que los costos anuales del mismo oscilan entre 10.000 y 15.000 dólares.

En el Tercer Mundo, el SIDA no es más que otra enfermedad mortal como la malaria y la tuberculosis. Los precios de las medicinas se ven profundamente influidos por los derechos exclusivos de comercialización y las patentes de producto, ya que con ellas se obstaculiza la producción de medicamentos genéricos y las importaciones baratas.

Entonces en los países en que el PNB per cápita oscila entre 140 y 6.190 dólares, los medicamentos aparecen fuera del alcance de la gente común. Los detractores también aseguran que el mercado de medicinas de los países en desarrollo es pequeño, especialmente en aquellos que no tienen capacidad de producción, por ello explican que dado el tamaño del mercado en estos casos la propiedad intelectual poco contribuye a generar incentivos para la investigación de la industria farmacéutica.

Ese es el caso de América Latina, que tiene poca importancia en el mercado mundial de la propiedad intelectual, y menos importancia aún tiene el mercado de la Comunidad Andina, conforme se puede apreciar en el cuadro adjunto que analiza la venta de medicamentos a nivel mundial en miles millones de dólares, según región durante el año 2002.

Tabla 8: Ventas totales de Medicamentos a Nivel Mundial

Ventas totales de Medicamentos a Nivel Mundial según Región año 2002 (en miles de millones de dólares)		
Región	Ventas	Participación
América del Norte	203.6	51%
Unión Europea	90.6	22%
Resto de Europa	11.3	3%
Japón	46.9	12%
Asia, África y Australia	31.6	8%
América Latina	16.5	4%

Total	400.6	100%
-------	-------	------

(Fuente: IMS Health. IMS Review 2003 (citado por Miranda Montero, El mercado de medicamentos en el Perú: ¿libre o regulado?. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, agosto 2004, disponible en: <http://www.consortios.org/CIES/html/pdfs/pba0319.pdf>.)

De este modo la industria farmacéutica al percibir una contribución de tipo económico, centra su atención en la investigación de enfermedades que son más comunes en el primer mundo.

Entonces esto explicaría por qué 48 países con un total de población de 750 millones de personas, apenas obtuvieron 47 de las 51.000 patentes americanas otorgadas a inventores extranjeros durante el año 1997, y sólo 16 de las 1.393 nuevas medicinas aprobadas entre 1975 y 1999 eran sobre enfermedades tropicales, esto es, las enfermedades que aquejan a las regiones más pobres de la tierra, y que por lo tanto no representan un mercado de importancia. (De León, 22-23, 2004)

Los defensores del régimen al no poder negar la realidad comercial, sugieren el desarrollo de instrumentos que permitan a los países pobres puedan beneficiarse de medicamentos a precios reducidos, sin debilitar el sistema de incentivos a la investigación de las empresas transnacionales, las cuales dependen principalmente de los mercados de los países desarrollados, de esta forma se desarrolla la figura de la licencia obligatoria.

4.2.1. *Licencias Obligatorias*

Xavier Gómez Velasco define a las licencias obligatorias como “un límite al derecho de exclusividad impuesto como un remedio al ejercicio abusivo de una posición dominante.” (Gómez; 2003, p. 68)

Entonces se debe entender por licencia obligatoria al permiso otorgado por el estado para producir o para utilizar un procedimiento patentado, sin el consentimiento del titular de la patente, eliminando el derecho de exclusividad que aquel tenía.

Guillermo Cabanellas De Las Cuevas al respecto señala: “...mientras que el contenido general de una patente es un *ius prohibendi* contra todo tercero que pretende la explotación de la invención patentada, sin autorización del titular de la patente, una licencia obligatoria implica que existan una o más personas, los beneficiarios de esa

licencia no sujetos al ius prohibendi derivado de esa patente.” (Cabanellas, 2001, p. 420-421)

Las licencias obligatorias tienen diferentes modalidades que van a determinar quienes pueden utilizarla; la licencia obligatoria puede ser cerrada cuando se la concede exclusivamente a los proveedores de los programas de salud y, por lo tanto, el producto sigue gozando de derechos de exclusividad en el mercado privado de medicamentos; es abierta cuando el Estado autoriza a todos los productores o importadores a fabricar, importar y distribuir en su territorio el producto amparado bajo la licencia.

Entonces, para que exista progreso tecnológico es necesario fomentar la investigación, en este sentido el derecho de patentes otorga a su titular un derecho de exclusiva para producir y comercializar el objeto de su invención dentro de un tiempo limitado, a cambio de que el inventor describa su invención de tal forma que cualquier experto en la materia pueda ponerla en práctica.

No obstante, este derecho puede generar usos abusivos o excesivos. En este sentido las licencias obligatorias buscan establecer un balance entre los derechos de los titulares de patentes, los terceros competidores, y el público consumidor. (Rey; 2006, p.482)

Las licencias obligatorias, constituyen una antigua institución del régimen de patentes, diseñada en el Convenio de París, y son consideradas uno de los principales baluartes para evitar el ejercicio monopólico de los derechos conferidos a través de ellas.

La concesión de tales licencias implica la autorización por parte de una autoridad administrativa o judicial a una persona distinta del titular para permitir el uso de una invención, a cambio de una compensación económica determinada por la autoridad.

Las razones que motivan su concesión son diversas pues a través de ellas se considera que es posible solucionar situaciones de abuso del ejercicio monopólico u otros fines de interés público sin la necesidad de suprimir el derecho de patente y alcanzando el equilibrio entre los derechos y obligaciones del titular de la patente y si bien dentro del ADPIC no se establece de forma taxativa todos los supuestos en los cuales se puede otorgar una licencia obligatoria, si se prevé las condiciones para su otorgamiento.

De este modo logran evitar abusos por parte del titular de la patente, tales como su falta de explotación, además se prevé su otorgamiento en aras del interés y la salud pública, para fin de perfeccionar inventos patentados, para evitar prácticas anti-competitivas, entre otras.

Así pues Remiche y Desterbercq las clasifican en: “a) las concedidas en función del interés público, independientemente del comportamiento del titular de la patente; b) las destinadas a contrarrestar un comportamiento abusivo o anticompetitivo del titular de la patente, dentro del que algunos incluyen el debatido caso de la falta de explotación; y, c) las de alcance más limitado, que están destinadas a permitir la explotación de otra patente.” (Remiche y Desterbercq, p. 299, 1997)

Carlos Correa por su parte las clasifica en: “1. Negativa a conceder una licencia. 2. Salud pública, nutrición y otras razones de interés público. 3. Falta o insuficiencia de explotación. 4. Prácticas anticompetitivas. 5. Uso público no comercial. 6. Protección del medio ambiente. 7. Patentes dependientes.” (Correa; p. 140-152; 1996)

En este sentido en el ámbito de las patentes farmacéuticas, las licencias obligatorias constituyen para los defensores del régimen, un instrumento que permite abaratar los precios de las medicinas, puesto que viabilizan la producción local del medicamento por parte de diferentes competidores, este mecanismo incluso ha sido utilizado dentro de países desarrollados como Canadá, Alemania y Estados Unidos, que incluso aplica la figura con una frecuencia de dos veces por año.

De este modo aún en los Estados Unidos se ha aplicado este instrumento aún en aquellos casos en los que los intereses de las grandes empresas farmacéuticas estaba involucrada, lo que implica que estaban en juego cifras del orden de los miles de millones de dólares.

Entonces guardando la proporción entre las distintas economías, el impacto económico de una eventual limitación en ese tema tendría en los Países andinos la misma importancia relativa que en los Estados Unidos.

En este orden de ideas, la licencia obligatoria encuentra su justificación, en el hecho de que el costo de no obligar a otorgar una licencia es mantener desabastecido el mercado. El caso reciente más conocido en el que se aplicó la licencia obligatoria fue el de las drogas destinadas a combatir el SIDA, debido a la naturaleza de la enfermedad, este tuvo enorme importancia social. Entonces por ejemplo en el año 2003, en Malasia, se emitió el uso gubernamental de licencias obligatorias respecto de tres medicamentos para el tratamiento del SIDA, aquello permitió reducir el 80 por ciento del costo del tratamiento del paciente, que bajó de trescientos quince a cincuenta y ocho dólares mensuales y permitió que el gobierno malayo incrementara el número de pacientes con SIDA tratados en hospitales públicos que pasó de mil quinientas a cuatro mil personas.

No obstante contrariamente a lo que se pueda pensar, este instrumento a pesar de estar previsto en el marco legal del régimen de propiedad intelectual, es muy poco utilizado por los países en desarrollo, como el caso de los países andinos, en los que hasta hace poco no se había producido un caso de otorgamiento.

La figura de las licencias obligatorias se encuentra prevista en el artículo 31 de los ADPICs, en él no se establecen las razones por las cuales se pueda emitir una licencia obligatoria y por lo tanto dentro del marco del ADPIC, los estados están en libertad de determinar los motivos para otorgar las, es decir los países son libres de emitir las sobre las bases que ellos decidan.

La flexibilidad conferida por las licencias obligatorias se ratificó en la Declaración Ministerial de Doha, adoptada el 14 de noviembre de 2001, relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública.

La Declaración establece que “Cada Miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales

licencias.”⁴⁷ (Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, párrafo 5, inciso b.)

La Declaración de Doha también señala:

“afirmamos que dicho Acuerdo [sobre los ADPIC] puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.” (Declaración de Doha, párrafo 4)

Entonces, este mecanismo puede ser aplicado por los países miembros para casos de emergencia nacional, extrema urgencia, o de uso público no comercial, y, como se ha dejado indicado, posee la ventaja de que cada país tiene la libertad de determinar las bases sobre las que se conceden dichas licencias.

Además del Acuerdo de la OMC sobre los ADPIC, el marco normativo de las licencias obligatorias, también se encuentra previsto en la Decisión 486 de la CAN, la Declaración Ministerial de Doha y, en general, en las leyes nacionales sobre Propiedad Intelectual.

En ellas se desarrolla la normativa marco de la figura entre lo que destaca que es aplicable en los siguientes casos:

- a) Cuando una patente no ha sido explotada después de los tres años de su concesión o después de cuatro años de solicitud.⁴⁸
- b) Por razones de interés público, de emergencia o de seguridad nacional.⁴⁹
- c) Por razones de libre competencia.⁵⁰

El literal a) se refiere a licencias solicitadas por terceros con interés legítimo de explotar la patente, los puntos b) y c) hacen mención a las licencias que pueden ser otorgadas por el estado directamente.

⁴⁷ Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, párrafo 5, inciso b.

⁴⁸ Art. 61 de la Decisión 486 de la CAN.

⁴⁹ Art. 65 *ibid.*

⁵⁰ Art. 66 *ibid.*

Según la Guía Administrativa para la emisión de Licencias Obligatorias para productos farmacéuticos en el Ecuador, preparada por el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI, el precio promedio de un medicamento con competidores es de \$3,85 y el de medicamentos sin competidores es \$46, excluyendo los medicamentos oncológicos y antirretrovirales, los cuales son particularmente costosos. (IEPI, 2010)

Entonces el acceso a los servicios de salud pública, en los países en desarrollo, se ve obstaculizado por la falta de investigación y la insuficiente producción de medicamentos para tratar enfermedades propias de los países pobres.

Así la falta de medicamentos es uno de los problemas más graves de la salud pública, actualmente la OMS estima que un 30% de la población mundial no tiene acceso a medicamentos básicos, eso cual significa que aproximadamente diez millones de vidas se pierden anualmente.

Las licencias obligatorias constituyen el instrumento recomendado por la Declaración de Doha de 2001 para lograr el acceso de la población más necesitada a los medicamentos.

Durante el año 2002, en el Ecuador se solicitó la licencia obligatoria sobre el antirretroviral Convivir⁵¹, cuyo titular es Glaxo, este compuesto se comercializaba en trescientos cincuenta dólares, la dosis mensual, sin embargo, con el simple hecho de la solicitud de licencia obligatoria, Glaxo redujo el precio del medicamento a sesenta dólares, aún cuando la licencia no se otorgó.

Resulta lógico pues que si el ser humano ha reconocido el esfuerzo económico del inventor a través de la creación de un derecho de explotación exclusiva, que el propio ser humano limite su ejercicio en la medida que aquello resulte conveniente para que sus intereses colectivos no se vean afectados. Por lo tanto no se debe concebir de forma absoluta los derechos de explotación de la patente.

⁵¹ Este compuesto es la mezcla de dos sustancias Zidovudina y Lamivudina.

El requisito de patentabilidad de aplicación industrial, junto con el tamaño del mercado nacional de los países en desarrollo, así como la insuficiencia de la descripción de la tecnología requerida, la carencia de capacidad de producción local, entre otros, constituyen los factores que en opinión de los expertos explican el poco uso que se le ha dado a esta figura jurídica, dentro de los países en desarrollo.

4.2.2. La Declaración de Doha, relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, 14 de noviembre de 2001:

En la Conferencia Ministerial de Doha se aprobó una declaración para tratar especialmente el tema de acceso a medicinas (Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública 14 de noviembre del 2001). Antecedentes de esta declaración constituyen los acontecimientos producidos en Sudáfrica, donde en 1997 se buscó la aprobación de la Ley de Medicinas y Sustancias Relacionadas.

El Gobierno sudafricano y 39 empresas farmacéuticas promovieron la aprobación de la Ley de Medicinas y Sustancias Relacionadas en el año 1997, pero lo que realmente suscitó la disputa fue el artículo 15 c) de esta Ley que permitía al Ministerio de Salud tomar las medidas necesarias para prever un mejor acceso a medicinas.

Entonces se autorizó al Ministerio a importar medicinas paralelas de otro país, donde los precios sean menores, así como se autorizó al Ministerio a conceder licencias obligatorias para la producción de medicinas a costos más bajos.

Las empresas farmacéuticas consideraron que ambas medidas constituían una erosión de sus derechos de patente y plantearon una demanda judicial, sin embargo dado que un alto porcentaje de población sudafricana se encuentra infectada con el virus del SIDA, se suscitó una reacción del público y de la Unión Europea tan fuerte que finalmente el 19 de abril del 2001, las empresas farmacéuticas optaron por retirar la demanda.

En el caso de Brasil, la ley de Propiedad Industrial de 1996, en su art. 68 prevé la concesión de licencias obligatorias sobre patentes si el titular no está explotándolas en el país. Con esta norma Brasil pretende fomentar la capacidad de producción de empresas locales para fabricar medicamentos contra el SIDA a precios mucho más bajo de los que ofrecen las empresas transnacionales. Estados Unidos era de la opinión que la disposición brasilera atentaba contra el principio de no discriminación del artículo 27.1 del ADPIC y contra los derechos del titular de la patente previstos en el artículo 28.

Razón por la cual Estados Unidos, presentó una denuncia ante el Sistema de Solución de Controversias de la OMC. El Brasil alegaba que el artículo 68 no viola las disposiciones del ADPIC.

Consideraba también que el gobierno norteamericano pretendía aplicar un criterio inconsistente con sus propias leyes arts 204, 209 del Título 35 del US Code que imponían como condición la producción local para obtener la protección por patente.

Después de muchas negociaciones pero en buena parte también por la presión de los activistas el Gobierno norteamericano decidió en junio de 2001 retirar su denuncia.

Finalmente las partes presentaron con fecha 19 de julio de 2001 ante el OSD la notificación de la solución mutuamente convenida, y la voluntad expresada por los respectivos gobiernos de otorgar licencias obligatorias sobre medicamentos patentados con el fin de abaratar los precios de los medicamentos contra el SIDA.

Dicha solución no se logró en el plazo indicado por la renuencia de los Estados Unidos a aceptar que las excepciones previstas se apliquen a todas las enfermedades. Se consideraba que una disposición de esa naturaleza afectaba contra el sistema de patentes. Para ellos la Declaración de Doha sobre Salud Pública limitaba este régimen excepcional a las enfermedades mencionadas expresamente en ella, como el SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras enfermedades de similar gravedad.

Brasil, India y el Grupo Africano se opusieron a cualquier tipo de limitación en cuanto al campo de aplicación, consideraban que la mención que hace la Declaración de algunas enfermedades es sólo ejemplificativo.

Para ellos, la Declaración había sido clara en establecer que los ADPIC “pueden y deben ser interpretados y aplicados de una manera que apoye el derecho de los miembros de proteger la salud pública”.

Con estos antecedentes y transcurrido algún tiempo desde la adopción del sistema de Propiedad Intelectual establecido en los ADPIC, los países en desarrollo ya habían sufrido serios problemas de salud pública por la falta de competencia de genéricos con medicamentos patentados, en especial de aquellas catastróficas como el VIH/SIDA, cáncer, paludismo, entre otras. Con estos antecedentes, se logra poner en agenda de la Ronda de Doha el tema del Acuerdo de los ADPIC y la Salud Pública; la cual, entre otras cosas, indica lo siguiente:

“En consecuencia, y a la luz del párrafo 4 supra, al tiempo que mantenemos los compromisos que hemos contraído en el Acuerdo sobre los ADPIC, reconocemos que estas flexibilidades incluyen:

- a) Al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios.*
- b) Cada Miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias.*
- c) Cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo, otras epidemias y cáncer, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia.”*

(OMPI, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trip_s_s.htm, en línea, visitada el 23 de marzo 2011)

Sin embargo, luego de casi ocho años, pocos son los países que han tomado la decisión política de aplicar licencias obligatorias, debido a las grandes presiones que realizan las empresas titulares de las patentes sobre las autoridades de turno.

4.2.3. La Decisión de 30 de agosto de 2003, adoptada por la OMC:

Aparece para poder superar los obstáculos que dificultan la aplicación de la figura de las licencias obligatorias, entre ellos la falta de investigación, el insuficiente desarrollo tecnológico y la falta de capacidades de fabricación en el sector farmacéutico, que pueden ser insuficientes o inexistentes.

También es conocida como la Aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha, relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública. El objetivo del programa de Doha para el desarrollo es que el comercio ayude a los países menos desarrollados y surge a través de la cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Qatar en noviembre de 2001.

Los resultados fueron tres textos: la Declaración Ministerial, la Declaración relativa al ADPIC y la salud pública y la decisión sobre la implementación de temas relacionados de 20 de noviembre de 2001. Llamó particularmente la atención la vinculación de la salud con los derechos propiedad intelectual, por lo que se consideró la relación entre el ADPIC y la salud pública.

En la Declaración especial relativa al ADPIC y la salud pública se afirmó la necesidad de que el ADPIC se interprete y aplique de manera que apoye el derecho de los miembros de la OMC a proteger la salud, y, en particular, a promover el acceso a los medicamentos a través de las licencias obligatorias.

La Decisión incluye cuatro novedades:

- No limita la cantidad de medicamentos producidos al amparo de una licencia obligatoria;
- Elimina la posibilidad de que el titular de la patente reciba una doble remuneración;
- Establece todo un mecanismo de notificaciones para dar publicidad e información sobre todo el proceso de concesión de licencias y distribución de los productos; y,

- Establece un sistema de evaluación de las capacidades de fabricación en el sector farmacéutico para los países que deseen importar medicamentos.

Respecto de la CAN, la normativa comunitaria en su artículo 65 establece una aplicación sencilla y amplia para la emisión de licencias obligatorias para fármacos, ya que permite que los países miembros emitan licencias por razones de interés público, de emergencia o de seguridad nacional.⁵²

En cuanto a las regalías generadas, el artículo 31 de los ADPIC no precisa cómo se deben calcular, en la práctica la compensación económica se suele situar entre un 0,5 y un 10⁵³ por ciento de las ventas (netas) del medicamento genérico producido con la licencia obligatoria, también se puede considerar el tamaño del mercado y el volumen de ventas del producto en cuestión y del estado de la tecnología dentro del ciclo de vida del producto, entre otros factores.

Por ello se exigirá al licenciatario que lleve archivos y libros de contabilidad precisos y exactos de tal forma que se recojan todos los datos razonablemente necesarios para el cálculo y verificación de las cantidades pagaderas en concepto de liquidaciones de compensación económica, así como el poner a disposición del licenciante los correspondientes documentos contables comerciales necesarios para que conozca su situación financiera real.

La Decisión 486 establece que la autoridad competente será quien fije el monto y las condiciones de la compensación económica de la licencia obligatoria; siendo discrecional la forma de establecer la cuantía de la regalía.

⁵² Art. 65.- Previa declaratoria de un País Miembro de razones de interés público, de emergencia o de seguridad nacional y sólo mientras estas razones permanezcan en cualquier momento se podrá someter la patente a licencia obligatoria. En tal caso, la oficina nacional competente, otorgará las licencias que se le soliciten. El titular de la patente objeto de la presente licencia será notificado cuando sea razonablemente posible.

La oficina nacional competente establecerá el alcance o extensión de la licencia obligatoria, especificando el particular, el período por el cual se concede, el objeto de la licencia, el monto y las condiciones de compensación económica.

La concesión de una licencia obligatoria por razones de interés público, no menoscaba el derecho del titular de la patente a seguir explotándola.

⁵³Integrando la salud pública en la legislación sobre patentes de los países en desarrollo. <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js4918s/13.3.1.html>, en línea, visitada el 23 de marzo de 2012.

Cabe indicar que esta discrecionalidad es dada justamente por la necesidad de que no existan obstáculos innecesarios para que el interés público o las emergencias nacionales fueran aplicados inmediatamente.

La Guía Canadiense de Regalías provee una fórmula, la cual es una escala variable de los precios de los medicamentos genéricos. La tarifa depende totalmente de los mercados de los cuales se va a importar respecto al Índice de Desarrollo Humano (IDH).

La fórmula es: 1 más el número de países en el IDH menos el número de ranking en el IDH del país del cual se está importando dividido por el número de países del IDH multiplicado por 0.04⁵⁴.

$\text{Tarifa de Regalías: } 0.04 * [(178) - \text{ranking [país del que se importa]}] / 177$

Sin embargo, esta forma de determinar regalías puede ser muy complicada sobre todo para temas de VIH, cáncer, malaria, entre otros, además, que se limitaría en casos donde el país no tenga capacidad de producción de medicamentos locales.

Finalmente respecto de la compensación económica al titular de la patente, consideramos que se puede seguir la práctica recomendada por la Organización Mundial de la Salud ⁵⁵, en ese sentido una Licencia Obligatoria Abierta podrá tener las siguientes características:

- Una compensación económica a los propietarios de la patente calculada en base al precio de venta del medicamentos genérico producido en virtud de la Licencia Obligatoria, la cual puede ser establecida entre un 0.5% a 10% de las ventas

⁵⁴Ministry of Health Publication.(2007). Administrative guidelines for the issue of the compulsory license for the pharmaceutical products in Ghana.Ghana: YamensPressLimited, pág. 18 y 19.

⁵⁵ Integrandó la salud pública en la legislación sobre patentes en los países para el desarrollo, <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js4909s/>, en línea, visitada el 23 de marzo de 2012.

producidas del medicamento genérico. Si hay un propietario de la patente, el porcentaje de la compensación económica será dividido entre ellos.

- Las regalías mencionadas deberán ser pagadas al poseedor de la patente mensualmente, cada trimestre, anualmente conforme lo resuelva la autoridad competente.
- La duración de la compensación económica deberá ser por el período que dure la Licencia Obligatoria.

A continuación presentaremos un listado de casos exitosos de licencias obligatorias en el mundo:

Tabla 9: Casos exitosos de licencias obligatorias en el mundo:

Fecha	País	Producto	Duración	Royalties
Abril 2003	Zimbabwe	Todas las medicinas relacionadas con el VIH/SIDA	No indicado	No indicado
Oct. 2003	Malasia	<ul style="list-style-type: none"> • Didanosine • Zidovudine • FDC didanosine+zidovudine 	2 años	No indicado
Sept. 2004	Zambia	FDC lamivudine+stavudine+nevirapine	Hasta notificación de expiración de la licencia obligatoria	2.5%
Oct. 2004	Indonesia	<ul style="list-style-type: none"> • Lamivudine • Nevirapine 	7-8 años (finalización del período de protección mediante patente)	0.5%
Nov. 2005	Taiwán	Oseltamivir	Hasta diciembre 2007	No indicado
Nov. 2006	Tailandia	Efavirenz	Hasta 31 diciembre 2011	0.5%
Enero 2007	Tailandia	Lopinavir/ritonavir	Hasta 31 de enero 2012	0.5%
Enero 2007	Tailandia	Clopidogrel	Hasta la expiración de la patente o hasta que no sea necesario	0.5%
Marzo 2007	Indonesia	Efavirenz	Hasta 7 de agosto de 2013	0.5%
Mayo 2007	Brasil	Efavirenz	5 años	1.5%

(Fuente: Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, datos en Guía administrativa para la emisión de licencias obligatorias para productos farmacéuticos en el Ecuador)

Tabla 10: Diferencia de precios en medicamentos seleccionados

Sustancia/ Marca	Empresa	Precios* (en rupias indias)				
		India	Paquistán	Indonesia	Reino Unido	EE UU
Ranitidina (Zantac) 150 mg x 10	Glaxo	7,16	127,08	142,68	339,45	739,60
Veces más caro			17,75	19,93	47,41	103,30
Diclofenaco (Voltaren) 50 mg x 10	Ciba Geigy	5,64	69,38	47,96	132,86	505,68
Veces más caro			12,30	8,50	23,56	89,66
Piroxicam (DolonoX/Feldene) 20 mg x 10	Pfizer	24,64	97,23	61,32	254,04	1210,88
Veces más caro			3,95	2,49	10,31	49,14

* Precios al por menor en India y precios al por mayor en otros países estudiados.

Fuente: (Vandana; 2003, p. 88)

Estos datos representarían una prueba de que las licencias obligatorias si son adecuadamente invocadas pueden asegurar el acceso a la salud y a los medicamentos, protegiendo a la par la inversión y los intereses económicos del inventor y de la farmacéutica que lo produce, a través del reconocimiento y la adecuada utilización del sistema de patentes.

Entonces con los datos y la información proporcionada podemos decir que el régimen de patentes es un sistema soberano de Políticas Públicas y cada país puede implementar de acuerdo a sus necesidades en diferentes materias entre ellas la salud, un sistema adecuado a sus realidades socio-económicas.

En esta línea, cuando vemos que existen medicamentos que deciden entre la vida y la muerte de una persona y que estos se comercializan a precios inalcanzables para la mayoría de la población, el régimen genera un instrumento que permite solucionar el problema.

El sistema de licencias obligatorias en varios países ha demostrado ser eficiente para conseguir este objetivo, así por ejemplo Brasil ha logrado reducir los gastos de medicamentos a través de este instrumento.

La emisión de licencias obligatorias constituye una decisión soberana de políticas públicas sustentada en instrumentos internacionales y desarrollada en la legislación de cada país.

Por lo tanto los defensores del régimen de propiedad intelectual señalan que ella bien encaminada constituye un mecanismo para el desarrollo de los pueblos, no obstante, debe ser guiada a fin de que no se sustente únicamente en las relaciones surgidas en el contexto de mercados dinámicos, donde existen consumidores y productores que se encuentran compitiendo e innovando, y, que mide el crecimiento económico a través del ingreso per cápita de cada ser humano.

Por lo tanto, la propiedad intelectual debe ser un medio para construir de forma democrática y paulatina las condiciones materiales y espirituales de la colectividad bajo parámetros de entendimiento, identidad cultural, armonía social, solidaridad y respeto a la salud y a la vida.

Debemos entender que para que la propiedad intelectual sea un mecanismo para el desarrollo de los pueblos, es necesario que esté al alcance de todas las personas permitiendo mejorar la calidad y la esperanza de vida.

En consecuencia se debe prever instrumentos que permitan la producción de medicamentos genéricos, pues ellos disminuyen ostensiblemente el precio de las medicinas. Por ejemplo, los precios de los fármacos contra el sida en los países del Tercer Mundo son en promedio 82 por ciento más bajos que en Estados Unidos, con ello el precio del tratamiento también se reduce.

Por ejemplo, el Flucanazole, un fármaco de Pfizer que se receta para tratar el SIDA y que no está patentado en Tailandia normalmente se esta vendiendo por 6,2 dólares,

mientras que el fabricante tailandés lo vendía a 0,3 dólares, es decir 207 veces más barato que Pfizer. En Sudáfrica, la dosis diaria de Flucanazole cuesta 21,4 dólares porque no disponen de genéricos.

Como ya dijimos Brasil es otro buen ejemplo, ofrece tratamiento para el SIDA por 192 dólares al mes, gracias a que en 1994, el gobierno invocó las disposiciones de "emergencia nacional" en su normativa de patentes con el fin de empezar a fabricar antirretrovirales baratos. Esto instó a las empresas locales para empezar la producción de medicamentos para combatir el SIDA. Actualmente, fabrica ocho de los doce fármacos que se utilizan contra esta grave enfermedad.

Como consecuencia, los precios han bajado más de un 70 por ciento y la disponibilidad de medicamentos baratos permitió al gobierno suministrar antirretrovirales a más de 80.000 ciudadanos a finales de 1.999, lo que se ha traducido en una reducción de la mortalidad relacionada con el SIDA de más de un 50 por ciento entre 1996 y 1999, además un ahorro de 472 millones de dólares en hospitalizaciones.

No obstante en lugar de usar la ley brasilera como modelo para todos los estados, las grandes potencias pretenden a través de instrumentos internacionales, como el ADPIC, legitimar los monopolios de las patentes y consolidar el régimen.

Entonces, a pesar del éxito obtenido por Brasil en la lucha contra el SIDA, producto de su Ley de Patentes de 1997, que permite la fabricación de medicamentos genéricos, Estados Unidos llevó al Brasil ante el grupo especial de solución de diferencias de la OMC⁵⁶, otro impase con el gobierno brasilero se presentó cuando el país latinoamericano expidió una ley que regulaba el desarrollo informático, los Estados Unidos la consideraron lesiva para sus intereses y amenazaron con cerrar sus fronteras a las exportaciones de café sino anulaba esta normativa.

⁵⁶ Al respecto Carlos Correa destaca que en este caso Brasil "recibió un vociferante apoyo de otros miembros del GATT." (Correa, p. 103, 1997)

En 1997, el gobierno sudafricano también aprobó una ley que facilita el acceso a medicinas asequibles utilizando las disposiciones de concesión de licencia obligatoria y las importaciones paralelas, esta iniciativa tenía por objetivo reducir el costo del tratamiento del VIH/SIDA entre un 50 y un 90 por ciento.

Con más de 4 millones de enfermos, la medida del gobierno era un imperativo de salud pública. Sin embargo, los gigantes de la industria farmacéutica se movilizaron para recusar la ley.

Otro ejemplo claro, es el costo de los antirretrovirales en Tailandia, 96 dólares al mes, mientras que en Uganda cuestan 342 dólares. Bajo esta perspectiva varios países, entre ellos la India, han elaborado sistemas que excluyen la posibilidad de patentar medicamentos y alimentos con el fin de evitar que se obtengan beneficios de la vida y de la muerte. (Shiva, 2003)

Sólo se han autorizado las patentes de proceso de los métodos de producción de la industria farmacéutica, pues en sectores como la alimentación y las medicinas las patentes terminan por crear monopolios que provocan el alza innecesaria de precios.

En India después de la promulgación de la ley de 1970, el número de fabricantes de productos farmacéuticos inscritos (a pequeña, mediana y gran escala) ascendió de 5.000 a 24.000, con 250 unidades de escala grande / mediana y 8.000 de pequeña escala. Además, la producción de productos farmacéuticos se multiplicó por 48, pasando de 2.500 millones de rupias en 1971 a más de 120.680 millones de rupias en 1997-98.

Esta gran diversidad de fabricantes fue posible porque la Ley de 1970 no permitía las patentes de producto en las medicinas. Este entorno competitivo y la exclusión de las patentes de producto en las medicinas han sido fuente de independencia en el ámbito de los medicamentos y ha mantenido sus precios al alcance de la persona media. De hecho, los precios de los medicamentos en India son más bajos que en otros países. Entonces en un breve periodo de menos de diez años, las exportaciones aumentaron de 2.280 millones de rupias en 1987-88 a 40.900 millones de rupias en 1996-97.

A diferencia de la India los países con leyes de patentes duras han generado una fuerte dependencia de las importaciones, con ello las multinacionales han podido fijar precios más altos y han bloqueado los esfuerzos realizados por los gobiernos para controlar los precios, por ejemplo, en 1995, cuando el gobierno paquistaní estableció un impuesto del 5 por ciento sobre las ventas de medicamentos, las multinacionales suspendieron la distribución de sus productos, suscitando el temor a una escasez grave de medicamentos en el país.

A pesar de los casos exitosos de licencias obligatorias, los críticos presentan una serie de acontecimientos que presentan intentos fallidos en la aplicación del régimen de licencias obligatorias, y donde destacan finalmente prevaleció el interés de las multinacionales farmacéuticas, por encima de la salud de la ciudadanía en general, así pues explican que además de la India y Brasil, Estados Unidos ha amenazado a la República Dominicana, Argentina, Vietnam y Tailandia al amparo de su normativa especial 301. Sin embargo, desafiando al gobierno estadounidense y a los gigantes de la industria farmacéutica, CIPLA, una empresa farmacéutica india, anunció que vendería el tratamiento contra el sida por 350 dólares al año o menos a *Médecins Sans Frontières*, que lo distribuiría gratuitamente en África.

En el año 2000, cuando CIPLA intentó vender en Ghana una versión genérica de un combinado de fármacos contra el sida de Glaxo, GlaxoWellcome la amenazó con interponer una demanda contra ella. A pesar de que el African Regional Patent Authority resolvió en contra de Glaxo, CIPLA dejó de vender los medicamentos genéricos (*The Times of India*, 13 de febrero de 2001).

Los críticos incluso señalan que la aplicación del ADPIC y una normativa de patente similar a la de los EEUU, han provocado un gran impacto negativo, incluso en países industrializados, como el Canadá, donde después de entrar en vigor el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLCNA), las fábricas de productos farmacéuticos empezaron a cerrar, produciéndose un déficit comercial en productos farmacéuticos que ascendió a 1.600 millones de dólares en 1994.

De acuerdo a *Drug News and Views* una de las causas era que las empresas de marca estaban cerrando sus instalaciones de fabricación en Canadá e importaban los medicamentos para venderlos allí.

Este fenómeno, se repitió en otros países como Chile donde varias multinacionales como Pfizer, Parke-Davis, Squibb, Bayer y Schering cerraron sus instalaciones de fabricación y empezaron a importar los medicamentos, lo que no sólo se ha traducido en una pérdida de puestos de trabajo, sino que además ha conducido a un considerable aumento de los precios.

Otro caso que ejemplifica el perjuicio que provocan las patentes en cuanto al libre acceso de medicamentos lo tenemos en los temas del Torio y el Valium, donde Hoffman-La Roche, Roche Products, filial británica de Hoffman-La Roche AG, estaba pagando a la empresa matriz 295 dólares/kg por una sustancia que podía comprarse en Italia por 22,50 dólares el kg, y 2.305 dólares por otra sustancia que podía obtenerse en Italia por 50 dólares el kg.

Los precios inferiores de Italia se debían a que estos productos no tenían patente. La Comisión de Monopolios descubrió así que Roche Products estaba cobrando de más a la Seguridad Social. Este cobro de un precio excesivo equivalía a 41 veces el coste de un suministro alternativo en el primer ejemplo y a 46 veces en el segundo. El gobierno entonces ordenó a Roche que rebajara los precios de venta de los tranquilizantes de un 60 a un 75 por ciento y que devolviera 27,5 millones de dólares que había cobrado de más.

De este modo, en opinión de los críticos al régimen de propiedad intelectual, es irrefutable el hecho de que los derechos derivados de las patentes van en contra de la salud pública y de los derechos de los pacientes y que figuras como la de las licencias obligatorias no son sino premios consuelo que brindan las industrias y los estados hegemónicos para justificar la bondad cooperativa del régimen y para justificar el mantenimiento del *status quo* vigente.

Entonces señalan que casos como el del SIDA ponen en tela de duda que efectivamente los sistemas de patentes contribuyan en el combate de las enfermedades, recordemos que las patentes tienen una duración de veinte años, de modo que generan durante todo ese tiempo un derecho de explotación exclusiva que impide la fabricación de medicamentos genéricos baratos, y en consecuencia se obstaculiza que ellos lleguen a los que más los necesitan: los pobres.

Los defensores del régimen al respecto suelen señalar que si bien el derecho de explotación exclusiva derivado de las patentes puede provocar un aumento en el precio de los medicamentos, la normativa prevé una serie de medidas que procuran salvaguardar el interés público, entre ellas figuran las licencias obligatorias, licencias de derecho, caducidad automática, revocación, utilización y expropiación por el estado, disposiciones contra la falta de resultados o por un resultado insuficiente, y limitaciones a la importación de los artículos patentados por no satisfacer la demanda del mercado nacional, medidas calificadas como necesarias porque su ausencia podría provocar que el beneficio privado se obtenga a costa del público.

No obstante, los detractores señalan que la evidencia demuestra que la exclusión, más que la concesión de licencias obligatorias, ha sido un camino eficaz para la protección del interés público. En la India por ejemplo el derecho de patentes excluía los campos de la agricultura y la horticultura, las patentes de producto para fármacos, los procesos para el tratamiento médico, quirúrgico, curativo, profiláctico u otro de los seres humanos, plantas y animales y la energía atómica.

No obstante a través de los ADPIC, son precisamente estas salvaguardas las que se ha intentado revocar en la década de los noventa de este modo en países como India de llegarse a aplicar el ADPIC en su forma actual, la base plural de producción de medicamentos quedará completamente inutilizada.

Así pues, no debería caber duda de que la presión para implantar un sistema de patentes uniforme aplicable en todo el mundo, no se justifica basándose en la evidencia empírica del impacto de las patentes en el bien público, sobre todo en el Tercer Mundo.

Si observamos la realidad de los hechos podemos darnos cuenta que la importante reducción que ha experimentado el precio de los antirretrovirales⁵⁷ en los países en desarrollo, es el resultado de la competencia existente entre proveedores de medicamentos equivalentes, de esta manera el período de aplicación transitorio del ADPIC en la India, permitió a sus empresas producir antirretrovirales patentados en otros países y producir nuevas combinaciones de antirretrovirales de más fácil aplicación.

Ahora finalizado el periodo de transición, las empresas pueden patentar sus productos en todos los Estados miembros de la OMC, y pues en opinión de los detractores del régimen de propiedad intelectual aquello afectará la accesibilidad y el precio de los productos nuevos, dada la falta de competencia.

Los críticos también señalan que si bien la Declaración de Doha extendió para los países menos desarrollados el plazo de transición para la implementación de la protección por patentes de medicamentos hasta el 1 de enero de 2016, esta extensión no tendría mayor repercusión en el suministro de medicamentos baratos, toda vez que los países menos desarrollados dependen de la importación de productos baratos de los países en desarrollo.

Ahora revisemos la evidencia empírica que nos muestra las causas de desarrollo y los motivos de sostén del régimen, para el efecto conforme lo señalado en el primer capítulo, nos referiremos al área concreta de las patentes farmacéuticas.

⁵⁷Que ha descendido de aproximadamente US\$ 10 000 anuales en el 2000 (en precios de exportación) a unos pocos cientos de dólares en la actualidad.

4.2.4. Cifras y realidad en el Ecuador sobre patentes en general y respecto de patentes farmacéuticas y licencias obligatorias:

En el Ecuador, país miembro de la Comunidad Andina, el régimen se concretó a partir de la expedición de la normativa comunitaria y de la normativa nacional. En el registro oficial No. 320 de 19 de mayo de 1998, se expidió la Ley de Propiedad Intelectual⁵⁸, norma que alcanzará su plena vigencia y auge durante el período presidencial de Jamil Mahuad, presidente que no terminó el período presidencial.

Si bien Mahuad necesitó de acuerdos partidistas para asegurar la mayoría legislativa, a través del acuerdo concertado con el partido social cristiano, también de tendencia liberal, al final logró obtener el respaldo de la mayoría del Congreso Nacional, cuestión que le permitió concretar su política liberal, así durante su administración, que a criterio de muchos favoreció a los Estados Unidos y a los sectores poderosos de la economía en detrimento del sentir popular.

En este sentido en su administración, se impulsó la ejecución de la Ley No. 83, o ley de Propiedad Intelectual que fuera expedida a través del registro oficial No. 320 de 19 de mayo de 1998, mediante la expedición del decreto ejecutivo No. 508, recogido en el registro oficial No. 120 de 1 de febrero de 1999, en el cual se expide el reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual, a propósito de la adherencia del Ecuador a la OMC y de la ratificación del ADPIC.

Uno de los grupos que, también en el Ecuador, contribuyó a la expedición de la ley fue la BSA, por sus siglas en inglés la Business Software Alliance. Conforme se observa del sitio web <http://www.bsa.org/country/BSA and Members.aspx>:

“la BSA es una asociación comercial sin ánimo de lucro creada para promover los objetivos de la industria del software y sus socios del hardware. Es la organización más importante dedicada al desarrollo de un mundo digital seguro y legal. Con sede en Washington, DC, BSA tiene oficinas en más de 80 países, con equipos de profesionales en 11 de las mismas en todo el mundo: Bruselas, Londres, Múnich, Beijing, Delhi, Yakarta, Kuala Lumpur, Taipéi, Tokio,

⁵⁸ También conocida como Ley No. 83.

Singapur y San Paulo.” (http://www.bsa.org/country/BSA_and_Members.aspx, 2012)

Ellos señalan que la BSA lidera un programa de política pública que tiene por objetivo crear un mercado internacional dinámico, abierto y sin barreras en el que las industrias del software y hardware puedan continuar creciendo y alcanzando sus metas, entre las prioridades de su política se encuentra la protección de la propiedad intelectual.

Producto de la presión nacional e internacional ejercida, la legislación ecuatoriana no sólo se limitó a transcribir, sino incluso a superar las disposiciones de los ADPIC, es por ello que se dice que la normativa ecuatoriana en propiedad intelectual puede ser considerada ADPIC Plus y en este sentido no sólo cumple sino incluso supera las expectativas de los países favorables al régimen.

No obstante es oportuno señalar que a pesar de que nuestra Ley es anterior a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, ambos cuerpos normativos contienen una serie de disposiciones que no sólo guardan armonía y concordancia, sino que son idénticas, lo que sugiere claramente nuestra ley cumplía con los intereses de los estados hegemónicos y sirvió de modelo para desarrollar la normativa comunitaria.

Con la llegada al poder del presidente Rafael Correa, la perspectiva ideológica del país cambio y se intentó concebir a la propiedad intelectual, de forma diferente, no se desconoce su importancia como factor para el desarrollo de los pueblos, pero bajo esta concepción la propiedad intelectual debe satisfacer su función social, y en este orden de ideas debe dar prioridad al interés público por encima del interés privado.

Así pues en el enlace ciudadano No. 260 el Presidente Correa señaló: En ese mismo enlace ciudadano el presidente de la república, Rafael Correa, respecto del IEPI señaló que:

“tiene lastimosamente la herencia de la triste y larga noche neoliberal, fue creado en el 98, en pleno auge neoliberal y tiene a pesar de ser una institución necesaria las taras neoliberales, conocimiento como mercancía más, privatizar

todo, si se hace una medicina para salvar del cáncer a la humanidad, que tiene para pagar que se salve y el que no tiene no, que se muera, hasta la salud humana una mercancía...” (tomado de <http://www.iepi.gob.ec/module-contenido-viewpub-tid-4-pid-119.html>)

Además explico que la autonomía de la que gozaba el IEPI tenía por objeto servir a los grupos hegemónicos y de poder, por ello planteó la necesidad de corregir estas deficiencias, aunque reconoció expresamente la importancia que tiene la propiedad intelectual como una de las herramientas para promover la innovación, “el IEPI entre otras cosas es fundamental para promocionar la creación de conocimiento en el país.” (tomado de <http://www.iepi.gob.ec/module-contenido-viewpub-tid-4-pid-119.html>)

Debido a esta nueva perspectiva sobre la propiedad intelectual, el presidente Rafael Correa, mediante decreto ejecutivo No. 118 de 23 de octubre del 2009, declaro:

“de interés público el acceso a las medicinas que sean utilizadas para el tratamiento de las enfermedades de la población ecuatoriana y que sean prioritarias para la salud pública, para lo cual se podrá conceder licencias obligatorias sobre las patentes de los medicamentos de uso humano que sean necesarios para sus tratamientos”. (Decreto ejecutivo No.118 de 23 de octubre de 2009)

Al respecto Correa indicó que el ADPIC "nos permite, por decreto, establecer licencias obligatorias", y así lo hizo, sin embargo contrario a lo que se esperaba en el Ecuador no se ha solicitado un número mayor de licencias obligatorias, apenas unas pocas y de ellas hasta hace muy pocos días no se había concedido ninguna, por ello el presidente de la república durante el enlace ciudadano No. 260 instó al presidente del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI a promocionar y difundir las bondades y beneficios del régimen de licencias obligatorias.

En cuanto a las cifras existentes en el Ecuador sobre petitorios y registros de patentes tenemos los siguientes datos:

Tabla 11: Número de petitorios de patentes, modelos y diseños industriales presentados por año

NUMERO DE PETITORIOS DE PATENTES, MODELOS Y DISEÑOS INDUSTRIALES PRESENTADOS POR AÑO	
AÑO DE PRESENTACION	TOTAL
2000	611
2001	338
2002	215
2003	518
2004	595
2005	743
2006	869
2007	965
2008	973
2009	817
2010	567

Fuente: Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI

Gráfica 14: Número de petitorios de patentes, modelos y diseños industriales presentados por año



Tabla 12: Número de peticiones de diseños industriales presentados por año

NUMERO DE PETITORIOS DE DISEÑOS INDUSTRIALES PRESENTADOS POR AÑO	
AÑO DE PRESENTACION	TOTAL
2000	44
2001	58
2002	83
2003	86
2004	101
2005	125
2006	89
2007	186
2008	102
2009	126
2010	93

Fuente: Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI

Gráfica 15: Número de peticiones de diseños industriales presentados por año

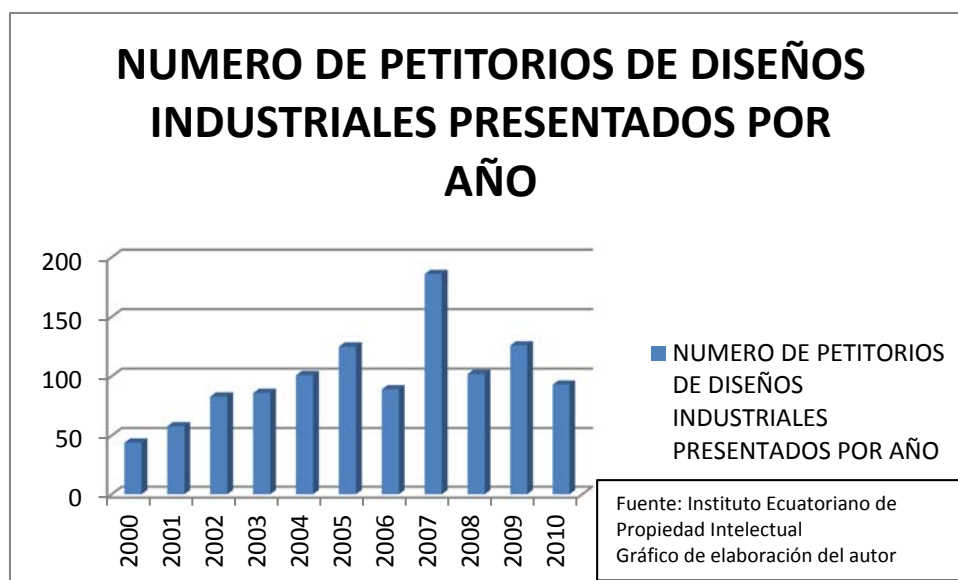


Tabla 13: Número de petitorios de diseños industriales presentados por aceptación de diseño

NUMERO DE PETITORIOS DE DISEÑOS INDUSTRIALES PRESENTADOS POR ACEPTACION DE DISEÑO	
AÑO DE PRESENTACION	TOTAL
2000	37
2001	54
2002	75
2003	75
2004	88
2005	100
2006	75
2007	163
2008	85
2009	87
2010	50

Fuente: Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI

Gráfica 16: Número de petitorios de diseños industriales presentados por aceptación de diseño



Tabla 14: Número de petitorios de modelos de utilidad presentados por año

NUMERO DE PETITORIOS DE MODELOS DE UTILIDAD PRESENTADOS POR AÑO	
AÑO DE PRESENTACION	TOTAL
2000	16
2001	17
2002	19
2003	10
2004	8
2005	27
2006	21
2007	19
2008	22
2009	17
2010	10

Fuente: Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI

Gráfica 17: Número de petitorios de modelos de utilidad presentados por año

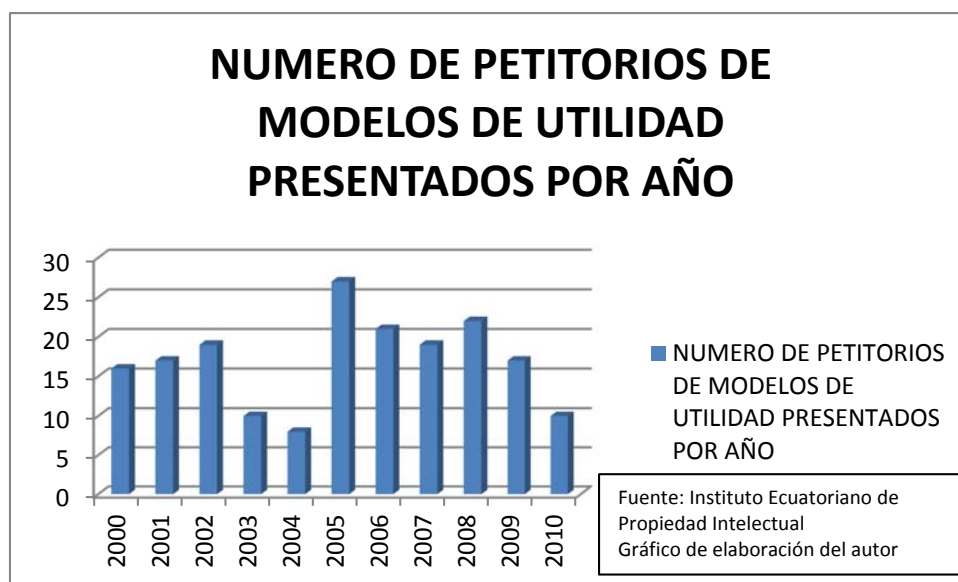
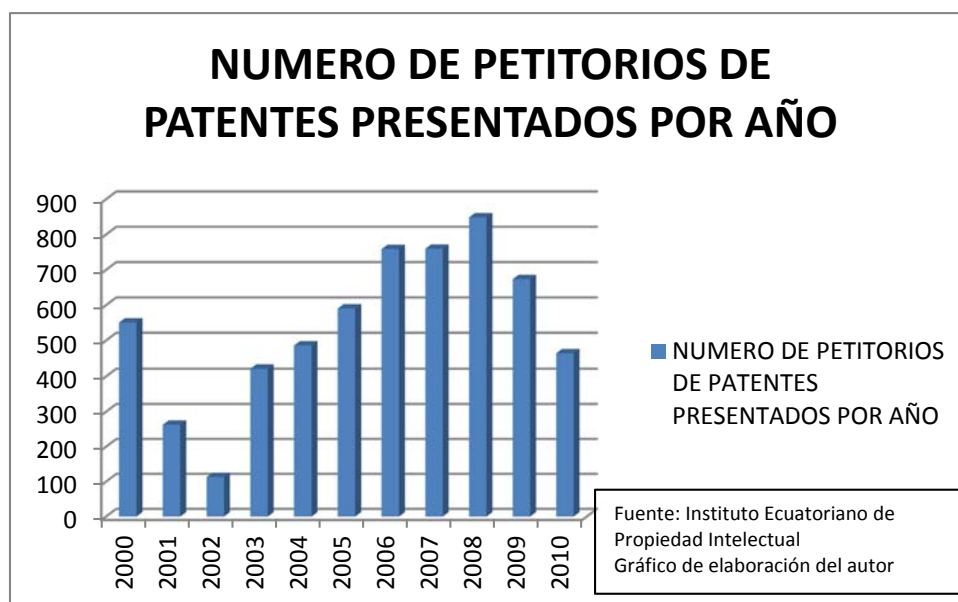


Tabla 15: Número de petitorios de patentes presentados por año

NUMERO DE PETITORIOS DE PATENTES PRESENTADOS POR AÑO	
AÑO DE PRESENTACION	TOTAL
2000	551
2001	263
2002	113
2003	422
2004	486
2005	591
2006	759
2007	760
2008	849
2009	674
2010	464

Fuente: Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI

Gráfica 18: Número de petitorios de patentes presentados por año



Conforme se puede apreciar de las gráficas, claramente se puede observar que durante el período anterior a la emisión del *Decreto ejecutivo No.118*, existió en el país un creciente interés por la formulación y presentación de solicitudes de registro de patente, sin embargo a partir de la expedición de dicha norma, ha existido una disminución en la

presentación de las solicitudes de registro de patente, diseños y modelos industriales, situación que empezó a manifestarse durante el último trimestre del año 2009 y que se mantuvo durante el año 2010.

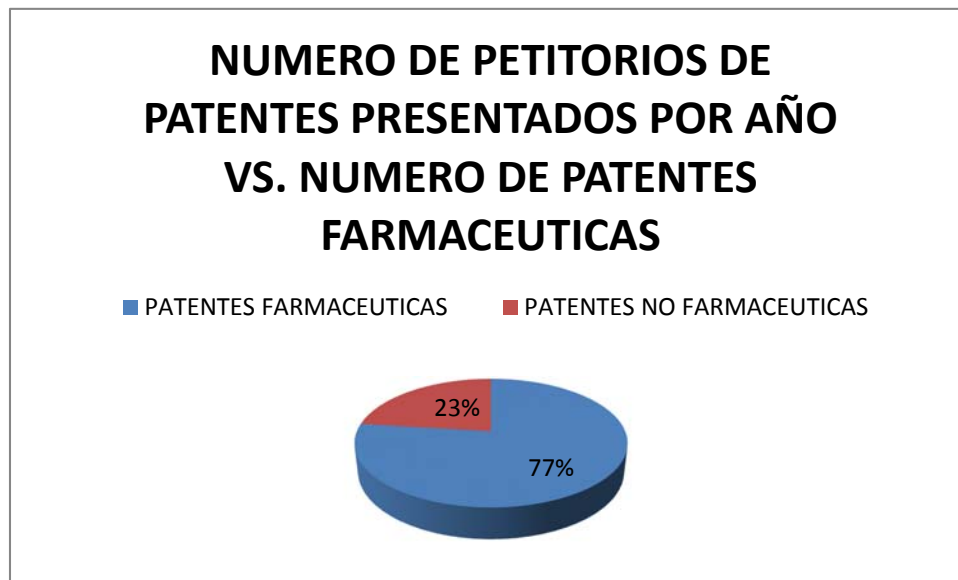
Esto obedece al hecho de que entre el 75 y el 80% de las solicitudes de patentes presentadas corresponden a productos farmacéuticos, conforme se puede observar a continuación:

Tabla 16: Número de petitorios de patentes presentados por año vs. Número de patentes farmacéuticas

NUMERO DE PETITORIOS DE PATENTES PRESENTADOS POR AÑO VS. NUMERO DE PATENTES FARMACEUTICAS				
AÑO DE PRESENTACION	TOTAL	PATENTES FARMACEUTICAS	PORCENTAJE	PATENTES NO FARMACEUTICAS
2000	551	410	74,41	141
2001	263	200	76,05	63
2002	113	87	76,99	26
2003	422	339	80,33	83
2004	486	388	79,84	98
2005	591	469	79,36	122
2006	759	525	69,17	234
2007	760	608	80,00	152
2008	849	676	79,62	173
2009	674	501	74,33	173
2010	464	360	77,59	104
TOTAL 2000-2010	5932	4563	76,92	1369

Fuente: Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI

Gráfica 19: Número de petitorios de patentes presentados por año vs. Número de patentes farmacéuticas



Fuente: Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual /Gráficos de elaboración del autor

Gráfica 20: Número de petitorios de patentes presentados por año vs. Número de patentes farmacéuticas en el año 2000, 2005 y 2010



Fuente: Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual /Gráficos de elaboración del autor

Entonces a través del decreto 118, se declara de interés público el acceso a las medicinas en general, puesto que únicamente las condiciones que pone es que sirvan para el tratamiento de las enfermedades de la población ecuatoriana y que resulten prioritarios para la salud pública.

Características harto discutibles y subjetivas, de hecho en estricto sentido y en principio cualquier medicamento podría incurrir en esto. Es decir el decreto ejecutivo no distingue, ni establece un grupo determinado y específico de medicamentos, por el contrario deja abierta la puerta para que cualquier medicamento patentado pueda ser objeto de una licencia obligatoria.

Al respecto es importante también hacer notar que aunque es difícil tener una cifra exacta, de acuerdo a lo señalado verbalmente por la Experta Principal en Patentes del IEPI, Ketty Veliz, del total de patentes farmacéuticas presentadas al IEPI, el 87% corresponden a solicitudes presentadas por las grandes transnacionales farmacéuticas tales como Novartis AG, Schering Plus, Roche La Hottmann, Bayer Aktiegesellschaft, entre otras transnacionales.

Es decir, claramente se puede ver que en el ámbito farmacéutico son las grandes empresas transnacionales las que se benefician de la protección y el derecho de exclusiva conferido por la ley. Del mismo modo, son las empresas nacionales a través de su una asociación quienes pretenden hacerles frente, a través de los mecanismos que la ley les confiere, a fin de evitar que las grandes multinacionales monopolicen y se adueñen del mercado, esto explica porque el 67% de las oposiciones son presentadas por la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos (ALAFAR).

De este modo nuestras empresas farmacéuticas no pueden sino usar los recursos que les confiere la propia ley, para intentar evitar el avance desmedido del interés de las grandes potencias.

Pero más allá de las cifras existentes, claramente se observa que existe una batalla legal donde están contrapuestos los intereses de las grandes transnacionales y los del público y la industria local, es decir se presenta una lucha entre los intereses de los grandes países y los de los estados en desarrollo.

Se observa claramente entonces, que las grandes empresas cuentan con un régimen internacional que se ha venido afianzando en el Ecuador y en la Comunidad Andina, y

que sin duda les ha beneficiado, pues el espíritu de aquel régimen deviene de las premisas y directivas de los países del norte, las que sin dudas establecen principios que direccionan el poder y la ideología en la construcción del marco normativo.

CAPITULO V

5. Conclusiones y recomendaciones

5.1. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo de investigación hemos encontrado argumentos sólidos que pueden llevarnos a pensar que el peso político de ciertos actores estatales y no estatales, ha sido determinante a la hora de construir el Régimen de Propiedad Intelectual.

Aquello se refleja claramente en la forma como se han construido las instituciones y en la manera como se ha elaborado la normativa andina, tanto regional como nacional en la materia, es decir se parte de una “concepción de los derechos de propiedad intelectual que privilegia la propiedad de la creación por encima de su difusión.” (Traducción del autor Sell; p. 176).

Sin embargo, no es menos cierto que el Régimen de Propiedad Intelectual ha sido diseñado hábilmente, de modo tal que cuenta con una serie de aristas que no buscan sólo beneficiar a un sector en específico, sino que incluye los intereses de varios tipos de agentes, construyendo de esta manera una base de agencia sólida y firme.

En este punto resulta interesante preguntarnos si aquel hábil diseño es producto del consenso, de la solidaridad o de la cooperación a la que llegan los diferentes actores, o si en su defecto aquella arquitectura no es sino producto del interés de los estados poderosos, que son conscientes de que cuentan con la capacidad de relativizar las normas y regímenes de acuerdo a sus intereses, y que en consecuencia en pro de los cálculos estatales de interés propio traducidos en la supervivencia, el establecimiento y el mantenimiento de un sistema que satisfaga sus propios intereses acepta la distribución internacional de poder y acepta recoger ciertos puntos que no les son del todo prioritarios pero que colaboran con su estabilidad y que le permiten obtener mayores beneficios, construyendo de esta manera una arquitectura fuerte y sólida con una base que aparenta provenir de la cooperación.

Al respecto John Mearsheimer señalará que “los realistas también reconocen que los Estados a veces operan por medio de instituciones. Como sea, ellos creen que estas reglas reflejan los cálculos estatales de interés propio, basado principalmente en la distribución internacional de poder. Los estados poderosos en el sistema crean y mantienen instituciones que les permitan mantener su posición en el poder mundial.” (Traducción del autor Mearsheimer; 1994/95: p. 13).

Es decir para Mearsheimer los estados con tal de satisfacer sus intereses y sus necesidades hacen de las instituciones y de los regímenes lo que ellos quieren que sean y eventualmente disfrazan en el marco de la legalidad y la supuesta cooperación una serie de regímenes y sistemas que no tienen otro objeto que mantener un orden establecido cuyo objeto es la satisfacción de sus intereses y el mantenimiento de su hegemonía.

En este orden de ideas debemos pues cuestionarnos la causa que propició la creación del régimen de propiedad intelectual y si aquel proviene del interés particular o si por el contrario busca satisfacer las necesidades colectivas con el objeto de alcanzar ganancias absolutas.

Así pues hay que reconocer que el Régimen de Propiedad Intelectual cuenta con una institucionalidad importante, puesto que está compuesto por un marco jurídico importante, conformado por una serie de normas como los ADPIC, las decisiones andinas y la normativa nacional, además cuenta con el apoyo de una serie de instituciones tales como la OMC, la OMPI, la Comunidad Andina de Naciones CAN, y los institutos nacionales de propiedad intelectual, tales como el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI en el Ecuador, la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia y el Instituto de Competencia y Propiedad Intelectual INDECOPI en el Perú, entre otros.

Este alto grado de institucionalización puede llevarnos a dudar que el régimen de propiedad intelectual encuentre únicamente en los postulados realistas la explicación sobre su realidad, creación, existencia y desarrollo.

Así para las percepciones próximas a los postulados de la escuela liberal de las relaciones internacionales, entre ellas las posturas oficiales de organizaciones como la OMPI, la OMC, entre otras, el origen del régimen de propiedad intelectual, así como su desarrollo y fortalecimiento no es producto del interés del hegemón sino del establecimiento de normas e instituciones que aseguran el establecimiento de determinadas condiciones que posibilitan el desarrollo de los países miembros, a través de la lógica del ganar ganar, donde es necesario “cooperar para converger,... y fomentar el comportamiento cooperativo (la cooperación para la cooperación) entre los Estados, es la función principal de un régimen internacional...” (Dorn; 1998, p. 60).

Puesto que las causas que viabilizan su preservación y mantenimiento responden a la expedición de normas y reglas que benefician a todos, ya que como bien señalaba Rousseau “El más fuerte nunca lo es bastante para dominar siempre si no muda su fuerza en derecho y la obediencia en obligación.” (Rousseau; 1998, p. 12).

Entonces al “crear expectativas comunes sobre las conductas que resultan apropiadas y elevar el grado de transparencia en un ámbito determinado de la política, los regímenes internacionales propician que los Estados (y otros actores) cooperen con el fin de obtener ganancias comunes...” (Hasenclever, Mayer y Rittberger; 1997, p.507)

De este modo dentro de la visión liberal:

“La cooperación se produce cuando los actores adaptan sus conductas a las preferencias presentes o anticipadas de otros, por medio de un proceso de coordinación de políticas. Para resumirlo de manera más formal, la cooperación intergubernamental se lleva a cabo cuando las políticas seguidas por un gobierno son consideradas por sus asociados como medio de facilitar la consecución de sus propios objetivos, como resultado de un proceso de coordinación de políticas...La discordia a menudo conduce a esfuerzos destinados a inducir a otros a que cambien sus políticas: cuando estos esfuerzos hallan resistencias, el resultado es el conflicto de políticas. No obstante, si estos intentos de adaptación de políticas logran tornar esas políticas más compatibles, se produce la cooperación...” (Keohane, 1988: p.74-75)

No obstante las tesis liberales pensando en la cooperación y en las ganancias absolutas omiten observar determinada evidencia empírica, como la de los grupos de poder que presionaron al gobierno estadounidense para que generen una normativa internacional en el ámbito de la Propiedad Intelectual.

Además, la institucionalidad no necesariamente es una evidencia absoluta para explicar al régimen desde la perspectiva liberal, recordemos que Mearsheimer al respecto explica que las “instituciones tienen una mínima influencia en la conducta de los Estados...” (Mearsheimer 1994/95: p. 7) es decir que el Régimen de Propiedad Intelectual, su naturaleza y conducta estaría determinado y condicionado por el poder y el interés de los Estados poderosos.

De este modo y luego del análisis realizado durante este trabajo, en mi opinión existe una mixtura en donde tanto la institucionalidad existente, como las fuerzas y los poderes que han patrocinado, promocionado, publicitado y promovido el régimen de propiedad intelectual, pues, su establecimiento y desarrollo les representa un incremento en su poder no sólo político, sino también económico, situación que es determinante a la hora de alcanzar la noción realista de supervivencia, en donde la seguridad de uno es inversamente proporcional a la seguridad de los demás.

Por ello es provechoso mantener un sistema que permita la preservación del “*Status Quo*”, pues el orden y el estado actual de cosas, les es favorable a los estados industrializados, quienes son los que actualmente tienen en sus manos el poder.

Como es lógico tratarán de crear los artificios jurídico, normativos e institucionales necesarios para preservarlo, mantenerlo y conservarlo, ello además de su sui generis arquitectura –sea cual fuere el origen de la misma- es lo que ha marcado la diferencia entre su exitosa creación, desarrollo y mantenimiento y el fracaso de otros regímenes.

Así pues, ni las posturas realistas, ni las liberales, vistas de modo individual resultan suficientes para explicar la realidad y la esencia del régimen, puesto que en él

convergen las expectativas comunes de los diferentes agentes, bajo la idea de cuestiones como el combate a la piratería en sus diferentes formatos, acepciones y manifestaciones.

Ello ha valido para que hasta sus más fervientes opositores tengan que reconocer que el régimen de propiedad intelectual presenta una serie de aspectos adecuados y positivos, que asegura su legitimización, al menos parcialmente, y que también ha sido factor clave y determinante para su preservación desarrollo y mantenimiento.

Considero entonces pues, que la visión del régimen de propiedad intelectual no puede ser respondida por una única perspectiva (cerrada y sesgada), creo que es necesario un planteamiento integrado y no aislado del fenómeno, pues la propiedad intelectual es una realidad constituida por varias aristas. De este modo, debemos considerar las diferentes explicaciones a las que llegan estas posturas, por ejemplo la Organización Mundial del Comercio OMC, señala que los objetivos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC conforme reza en su preámbulo, busca dentro de su visión la reducción de las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo.

En este sentido busca promover una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual, sin desconocer "...la necesidad de asegurarse que las medidas y los procedimientos destinados a hacer respetar estos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo." (OMC; 2011, p.45).

Es importante destacar sin embargo, que dentro de la concepción de la Organización Mundial del Comercio, se considera como comercio legítimo a todas las prácticas que no contravienen la libre circulación de productos y servicios y que guardan conformidad con las políticas, posturas y prácticas liberales.

Para la perspectiva liberal pues, el régimen de propiedad intelectual es producto de un proceso que se ha ido presentando a lo largo del tiempo, a través de varias décadas, puesto que proviene del consenso de los países miembros, manifestada en procesos como las rondas de negociación que permitieron la creación y apareamiento de la

Organización Mundial del Comercio OMC, entonces bajo esta perspectiva no se puede hablar de imposición alguna.

Desde esta lectura entonces, el ADPIC es un acuerdo internacional, resultado de un arduo proceso de negociación que finalmente se concertó en 1947 y que contiene normas y disposiciones que regularon el comercio internacional de mercancías por alrededor de 50 años, hasta la creación de la Organización Mundial del Comercio OMC en 1995, que también es fruto de la concertación y el acuerdo internacional, pues entre 1947 y 1994 se organizaron ocho rondas de negociaciones, entre ellas la Ronda Uruguay que duro prácticamente una década, de 1986 a 1994, situación que refleja claramente la ausencia de imposición o de uso de medios o mecanismos de presión, ya que si este fuera el caso el tiempo de discusión hubiese sido menor

Por lo tanto el régimen de propiedad intelectual constituye “un conjunto de mutuas expectativas, normas y regulaciones, planes, energías organizativas y compromisos financieros que ha sido aceptado por un grupo de estados” (Keohane, 1988: 80).

En esta misma línea Krasner habla de conjuntos de principios explícitos o implícitos, normas, reglas, procedimientos decisionales en torno a los cuales convergen las expectativas de los actores en un área determinada (Keohane, 1988: 80).

Entonces las expectativas mutuas, los compromisos, la forma como se toman las decisiones, son características del régimen de propiedad intelectual que no vinieron de la imposición, sino de la voluntad de cooperación que tiene el grupo, particular que le confiere legitimidad al régimen y que permite su desarrollo y fortalecimiento.

De este modo todos los miembros procurarían el desarrollo y la consolidación del régimen, dado que aquel es fruto del acuerdo y del consenso y por tanto satisface los intereses y las necesidades comunes y asegura el establecimiento de un régimen que garantice el desarrollo y el bienestar colectivos.

Recordemos que una cosa por la que destaca el régimen de propiedad intelectual, tiene que ver con la expectativa común y generalizada que muestran los diferentes actores en lo atinente al combate contra la piratería, así mientras el titular de una marca busca evitar que existan en el mercado signos que puedan provocar riesgo de confusión en el público consumidor y que le puedan representar pérdidas por el aprovechamiento injusto de la reputación ajena y por la confusión suscitada respecto de la procedencia y el origen empresarial, el titular de una patente va a buscar tener un derecho de producción exclusiva, por un espacio de tiempo que sea suficiente como para recuperar la inversión realizada por concepto de investigación, del mismo modo los autores van a buscar el justo reconocimiento moral y patrimonial que deviene de la creación de su obra.

Entonces, encontramos que incluso los más fervientes detractores del régimen de propiedad intelectual, aprobarán al menos una de sus aristas, de este modo los académicos menos complacientes con el tema de propiedad intelectual, reconocen la importancia que tiene en los círculos académicos el derecho moral derivado de la paternidad de la obra, aseveración que se puede apreciar claramente en el hecho de que, prácticamente todas las universidades y centros académicos de nivel superior cuentan con manuales y reglamentos que contienen normas y disposiciones referentes a la forma de citación de un texto, así como a las sanciones impuestas frente al plagio académico.

Como vemos, si bien no a todos los actores les agrada todo el contexto de lo que representa la propiedad intelectual, es inevitable que ellos defiendan alguna de sus manifestaciones, esta característica multifacética que tiene el régimen sin duda es un factor clave que ha permitido su desarrollo y fortalecimiento y además ha generado las condiciones propicias y adecuadas para la construcción de normas e instituciones universalmente aceptadas.

Sin embargo, al igual de lo que sucede con la visión realista, la perspectiva liberal constituye únicamente una visión parcial y sesgada de la realidad del régimen, puesto que omite observar ciertos eventos y acontecimientos que se produjeron durante la etapa de creación del régimen de propiedad intelectual y que encuentran una explicación

sólida y coherente en los postulados de la escuela realista y en la teoría de la estabilidad hegemónica de las relaciones internacionales.

Como observamos la historia muestra que las grandes corporaciones presionaron al gobierno de los EE.UU. y a otras potencias industriales a elaborar y suscribir un marco legal para la protección de la propiedad intelectual, a través de un proceso de armonización que en términos de Roffe se lo puede calificar como duro o profundo, y cuyo resultado final fue la adopción de una normativa mundial sobre propiedad intelectual, el ADPIC.

Así pues si bien

“Inicialmente, los países en desarrollo se resistieron a la inclusión de temas de Propiedad Intelectual en las negociaciones, pero en Abril de 1989 ellos abandonaron su posición. Después de haber enfrentado una escalada agresiva de unilateralismo estadounidense, se esperó que la cooperación sobre los ADPIC aliviaría la presión. Además, los países opositores estaban dispuestos a apoyar los ADPIC a cambio de concesiones en temas de mayor relevancia en el corto y mediano plazo, tales como la agricultura y la eliminación gradual de los acuerdos multifibra.” (Traducción del autor Sell, p.176)

Como señalamos conforme la opinión de Jacques Gorlin, consultor del Comité estadounidense de Propiedad Intelectual, los ADPIC cumplen el 95 % de las expectativas, metas y objetivos de las grandes transnacionales.

Ello para autores como Susan Sell representa “...una fuerte evidencia donde la autoridad privada prevalece y el activismo del sector privado alcanza sus objetivos.” (Sell; p. 181).

De este modo, podemos decir que producto del poder ejercido por los estados hegemónicos y por los grupos de poder, se construye una normativa base que va repercutir en las legislaciones nacionales y regionales, así como en la voluntad y la soberanía de los Estados, pues limita su capacidad para autodeterminarse, puesto que el ADPIC exige que todos los Estados Miembros de la OMC adapten sus legislaciones a las normas mínimas allí establecidas, lo cual sin duda alguna, repercute

significativamente en las políticas de salud pública, y particularmente en el acceso de la población a los medicamentos.

Expertos como Carlos Correa han sabido destacar que “el Acuerdo ha limitado sustancialmente la libertad de los países para diseñar e implementar sus propios sistemas de propiedad intelectual” (Correa; 2006, p. vii)

Incluso en ciertos países como el Ecuador, se desarrolló una normativa que supera los estándares mínimos establecidos por el ADPIC, debido a ello se califican a estas legislaciones como ADPIC PLUS, y revelan que en algunos países fueron más propensos a recibir las pautas dictadas por la OMC que otros, dependiendo de la ideología del gobierno de turno.

Esta situación puede verse como una rendición frente a las presiones extranjeras existentes y en el caso ecuatoriano la BSA, el gobierno norteamericano y la propia OMC ejercieron gran presión para la adopción y el desarrollo de nuestra normativa nacional.

Por ejemplo ahora todos los miembros de la OMC están obligados a otorgar protección de patentes por un período de al menos 20 años, sobre cualquier invención de un producto o procedimiento farmacéutico que cumpla con los requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial; obligación que no existía bajo los convenios internacionales anteriores, puesto que ninguno de ellos determinaba estándares mínimos de protección.

En este sentido, hasta antes de la llegada de los ADPIC más de 50 países no brindaban protección alguna a los productos farmacéuticos, otros estados tan sólo otorgaban patentes al procedimiento y algunos más establecían un tiempo de duración inferior a los 20 años.

El acuerdo sobre los ADPIC generó una obligación en todos los estados miembros de la OMC, llevándolos a reconocer patentes en todos los campos de tecnología⁵⁹, pero además no permite excluir de la patentabilidad las medicinas en general, por lo tanto los estados miembros de la OMC, no podrían excluir de la patentabilidad ni siquiera los “medicamentos esenciales” enunciados por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

No obstante el Acuerdo sobre los ADPIC admite dos excepciones en virtud de las cuales no sería imposible excluir los productos farmacéuticos de la patentabilidad, pero parecería que ninguna de las dos parece suficiente para justificar esa exclusión, salvo en circunstancias limitadas.

La primera es el orden público, no obstante dado que no existe una idea universalmente aceptada sobre lo que significa, los Estados miembros disponen de cierta flexibilidad para definir las situaciones cubiertas, dependiendo de sus particulares valores sociales y culturales.

De este modo el propio artículo 27.2 de los ADPIC indica que el concepto no se circunscribe a las razones de “seguridad”; también se refiere a la protección de “la salud o la vida de las personas o de los animales” o “vegetales”, y se puede aplicar a invenciones que puedan ocasionar “daños graves al medio ambiente”.

En consecuencia la no patentabilidad por razones de orden público es admisible si se previene al mismo tiempo la explotación comercial de la invención. En otras palabras, quizá no sea posible declarar la no patentabilidad de una invención si al mismo tiempo se permite su distribución o venta.

No obstante, quizá se podría obtener mayor flexibilidad en la patentabilidad si los países en desarrollo decidieran colectivamente prohibir o suspender la patentabilidad de ciertos productos farmacéuticos por motivos de orden público. Una decisión de esta clase

⁵⁹Esta obligación se encuentra contenida en el Art. 27.1 del ADPIC.

podría generar una nueva “práctica estatal” que los grupos especiales de la OMC tendrían que tener en cuenta.

La segunda excepción tiene que ver con la aplicación del artículo 8.1. del Acuerdo sobre los ADPIC, donde se reconoce explícitamente el derecho de los miembros de la OMC a adoptar medidas dictadas por razones de salud pública.

Sin embargo, las medidas que se adopten deberían ser necesarias y compatibles con las restantes obligaciones que el acuerdo establece, esta exigencia puede permitir exclusiones de la patentabilidad en casos de clara emergencia de la salud pública definida como tal por el gobierno nacional, más allá de las medidas ordinarias o cotidianas en materia de salud y nutrición.

En esta hipótesis, una suspensión o exclusión de la patentabilidad podría justificarse por una emergencia concreta, y una vez superada la emergencia se podría restaurar el requisito de patentabilidad en los términos del acuerdo.

De este modo en mi opinión al precautelar la salud pública, se está buscando proteger un interés superior al de las prácticas del mercado, al permitir que los estados en ejercicio de su soberanía puedan promover los intereses de la salud en su población, aunque aquello pueda ser contrario a los compromisos generales de los acuerdos de la OMC, y en este sentido creo que es justificable la aplicación de la excepción a la patentabilidad y constituye una prueba irrefutable de que los ADPIC si bien pueden partir del interés del hegemón, contienen también normas de cooperación, que quizá podrían leerse desde la perspectiva liberal, pero que en mi opinión son una forma de esconder y disfrazar el interés de los estados hegemónicos.

Ello se corrobora si consideramos que la realidad práctica nos muestra que hasta la presente fecha la aplicación de este artículo ha sido restringida y prácticamente inexistente, incluso existen criterios que consideran dudosa la aplicación de la norma dentro del contexto del ADPIC, pues plantean que aquel cuenta con una condición jurídica autónoma, sui generis, a pesar de ser parte integrante del sistema de la OMC.

En resumen, la admisibilidad de excepciones fundadas en razones de orden y salud pública dependerá de la interpretación que se haga tanto del artículo 27.2 como de los artículos 7 y 8, pero no parece una base prometedora para excluir la patentabilidad de los productos farmacéuticos, ni siquiera limitada a la categoría de medicamentos esenciales, sino tan sólo un mecanismo para disfrazar el interés hegemónico que se esconde detrás del régimen mundial de la propiedad intelectual desarrollado por la OMC

Entonces ni el afán de cooperación, ni el sentimiento de solidaridad permitirían el establecimiento del Régimen de Propiedad Intelectual, al contrario sería la lógica realista del elector racional a través de la cual se busca la satisfacción del interés individual lo que lo permitiría, pues aquel fomenta el establecimiento de un sistema “proteccionista” que permite mantener el *status quo*, favorable a las grandes potencias.

Al respecto Gilpin señala que el hegemón “usa su influencia para crear regímenes internacionales, definidos simplemente como principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones alrededor de los cuales convergen las expectativas del agente en un área de temas dado” (Gilpin; 1987, p. 89)

En consecuencia, el realismo nos permite ver una perspectiva diferente en la que el Régimen de Propiedad Intelectual constituye una serie de normas que le otorgaron una poderosa fuerza coercitiva, la que logró incluso disputarles a los estados que lo conforman el monopolio en el uso de la violencia y la capacidad de determinar su propio derecho acorde a sus propias necesidades, objetivos e intereses.

Para estas perspectivas los estados poderosos son conscientes de que cuentan con la capacidad de relativizar las normas y regímenes de acuerdo a sus intereses, dado que “Aunque las reglas son usualmente incorporadas en una organización internacional formal no es la organización *per se* quien compele a los estados a obedecer las reglas. (Mearsheimer; 1994/95: p. 9)” (Mearsheimer; 1994/95: p. 9).

De modo que las “instituciones tienen una mínima influencia en la conducta de los Estados...” (Mearsheimer 1994/95: p. 7) ello las lleva a sostener que el orden internacional está determinado por el poder del o de los estados hegemónicos.

Si bien el régimen de propiedad intelectual cuenta con un importante grado de institucionalidad hay que recordar que “los realistas también reconocen que los Estados a veces operan por medio de instituciones, dado que los organismos internacionales no cuentan con estructuras plenamente democráticas y en este sentido el derecho es impuesto desde los más fuertes.

Como sea, ellos creen que estas reglas reflejan los cálculos estatales de interés propio, basado principalmente en la distribución internacional de poder. Los estados poderosos en el sistema crean y mantienen instituciones que les permitan mantener su posición en el poder mundial.” (Traducción del autor Mearsheimer; 1994/95: p. 13), es decir que los Estados con tal de satisfacer sus intereses y sus necesidades hacen de las instituciones y de los regímenes lo que ellos quieren que sean.

De este modo el poder ocupa un lugar decisivo y particularmente destacado a la hora de explicar la generación y la preservación del régimen dado que se convierte en el instrumento que viabiliza la adecuación de la realidad internacional conforme los requerimientos nacionales⁶⁰, y como “el interés (se refleja) se mide en términos de poder” (Morgenthau; 1978) los Estados, que viven en un medio anárquico⁶¹, emprenderán una lucha constante e interminablemente por él, entonces crear y mantener un régimen como el de propiedad intelectual es harto difícil sin el patrocinio y el mecenazgo del poder y del interés del o de los estados hegemónicos.

Sin embargo, hay que reconocer que como bien nos hace notar Carlos Correa hasta antes de los ADPIC “El mundo nunca había tenido a su disposición un arsenal de tratamientos tan masivo para combatir las enfermedades que afligen a la humanidad...”

⁶⁰ Entonces entre más poder se logre acumular en un país más próxima estará la cristalización de sus metas.

⁶¹ Entendiendo la anarquía en la acepción realista del término, es decir no como la falta de orden, sino como la ausencia de un poder central.

(Correa; 2006 p. VII) no obstante “Al mismo tiempo, mucha gente muere por no contar con ciertos medicamentos y/o vacunas.” (Correa; 2006 p. VII)

Ello sumado a la existencia de normas de cooperación, como las excepciones a la patentabilidad y las licencias obligatorias pueden ser leídas bajo una perspectiva liberal, estas cuestiones develan la otra cara del régimen, y nos muestran una faceta que bien menos en parte puede explicar la razón de su crecimiento, desarrollo y robustecimiento a costa de la libertad y el interés individual en pro de la conveniencia “global” que bajo la visión realista estaría determinada por los intereses de los grandes estados.

Así si bien podemos encontrar en la historia y desarrollo del régimen algunos acontecimientos que se ajustan a la visión realista, existen otras situaciones que responden a una perspectiva de tipo liberal.

En este sentido hay que reconocer que a través de los ADPIC no sólo se logra la homogeneidad en cuanto a la tratativa de la materia, sino que además inserta a la propiedad intelectual en la organización de las relaciones comerciales internacionales.

Por ejemplo los ADPIC y el régimen de propiedad intelectual en si mismo contienen una serie de disposiciones, como las de licencia obligatoria que buscan precautelar por sobre el mercado la vida humana.

De este modo las prácticas egoístas, economicistas y utilitaristas que tenían por objeto limitar el acceso a los medicamentos en virtud del derecho a la explotación exclusiva y monopólica, en pro de un fin económico comercial, ha provocado una creciente preocupación por parte de estados, organizaciones no gubernamentales, personas naturales y jurídicas, que ha desembocado en la adopción de instrumentos de alcance internacional, donde se busca precautelar la vida por sobre las prácticas comerciales, de las cuales podemos destacar a la Declaración Ministerial de Doha sobre el Acuerdo sobre los ADPIC y Salud Pública, que en opinión de los expertos “marcó un hito importante en el debate sobre los derechos de propiedad intelectual y el acceso a medicamentos al señalar que el Acuerdo sobre los ADPIC debe amparar los derechos de

los países para adoptar medidas que protejan la salud pública y promuevan el acceso a los medicamentos”. (Correa; 2006, p. viii).

Realidades como estas dificultan las explicaciones provenientes de la teoría realista, entre ellas la de la estabilidad hegemónica, puesto que estos actores contravendrían el interés del régimen y por tanto del hegemón, ya que aquel se construye en base de los intereses del o de los estados poderosos.

Así por ejemplo la Declaración Ministerial de Doha sobre el Acuerdo sobre los ADPIC y Salud Pública consagra los principios que la Organización Mundial de la Salud OMS defiende y fomenta, específicamente la reafirmación de los miembros de la OMC de ejercer las salvaguardas de los ADPIC en pro de precautelar la salud pública y promover el acceso a los medicamentos.

En consecuencia, uno de los mecanismo para hacer efectivo esta posición, se expresa a través del derecho que tienen los Países Miembros de la OMC para definir los criterios de patentabilidad conforme sus respectivas prioridades nacionales, de hecho el artículo 27.1 del ADPIC indica que los diferentes países miembros tienen libertad para interpretar, de buena fe, el concepto de invención dentro de sus propios ordenamientos jurídicos, observando la aplicación de las normas de interpretación establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Al respecto cabe mencionar que de forma excepcional algunas leyes de patentes incluyen una definición de “invención”, así por ejemplo, las leyes de patentes de Taiwán o de México.

En este sentido la normativa mexicana considera como invención a toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y para satisfacer sus necesidades concretas.

El ADPIC también permite a los países miembros de la OMC a adoptar sus propias definiciones de estándares de patentabilidad, en este sentido el artículo 27.1 dispone que

las patentes podrán obtenerse para todas las invenciones siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial, no obstante no contiene ninguna especificación acerca de la forma en que deben ser aplicados estos criterios.

De este modo los términos generales utilizados en el artículo 27.1 han permitido a los países miembros mantener criterios diferentes para evaluar la patentabilidad, así la definición de estos criterios constituye un aspecto clave en la política de patentes que acarrea consecuencias en otras áreas, como las de política industrial y de salud pública.

Pues obviamente, un estándar de novedad reducido, es decir bajos parámetros para evaluar la actividad inventiva y, la amplitud del concepto de aplicación industrial o utilidad, llevará a que un mayor número de solicitudes sean concedidas, con lo que se generaría un derecho de exclusiva sobre varios artefactos, mecanismos e invenciones que podría ir en detrimento de las personas al distorsionar el mercado, situación que afectaría directamente la transferencia de tecnología y la difusión de la misma.

La ausencia de equilibrio en los términos de innovación exigidos, deviene en un gran número de patentes concedidas lo que provoca limitaciones innecesarias en la competencia, por ejemplo si bien la mayoría de los países del mundo aplica un requisito de novedad absoluto⁶², algunos países mantienen un doble estándar de novedad, que depende del lugar donde la invención fue divulgada, esto es dentro o fuera de su territorio, o por ejemplo algunas oficinas de patentes interpretan el concepto de novedad de manera restringida y requieren una divulgación “fotográfica” de la invención en un único documento previo para considerar que no exista novedad.

Esto idealmente implica que el “individuo versado en la técnica” debe poseer cierto conocimiento especializado y no ser, simplemente, alguien con conocimientos comunes o muy generales sobre el campo técnico en cuestión.

⁶²es decir, cualquier tipo de divulgación que se realiza en cualquier parte del mundo antes de la fecha de presentación de las solicitud, impide el otorgamiento de una patente

En este sentido un individuo versado en la técnica no es meramente un experto en su campo técnico, sino una persona que debe contar con cierto grado de imaginación e intuición y por lo tanto no sólo debe basarse en la documentación que encuentre en la búsqueda de novedad, sino aplicar su experiencia y conocimientos.

No obstante, vencer los obstáculos de novedad puede constituirse un tema meramente formal que puede ser superado si se cuenta con los recursos económicos suficientes como para contratar abogados expertos en solicitud de patentes, que fruto de su experticia diseñarán las solicitudes de manera inteligente.

Este asunto sin duda repercute significativamente sobre el sistema en sí mismo, ya que bajos niveles de patentabilidad, limitan la difusión de las innovaciones y restringen el acceso a tecnología que en más de una ocasión puede resultar vital.

Es por ello que al menos desde el punto de vista de la salud pública, la mejor política parecería ser la aplicación de un estándar estricto de invención para promover innovaciones genuinas e impedir la existencia de limitaciones irrazonables sobre la competencia y el acceso a invenciones que pudieran resultar vitales, como los medicamentos.

Otra cuestión a considerar es que se exige que las invenciones sean susceptibles de aplicación industrial, situación que para los detractores del régimen es parte de la visión egoísta y utilitarista del régimen, pues se considera que únicamente aquellas invenciones que van a contribuir con la industria y el mercado tienen valor y merecen recibir la protección y el reconocimiento estatal, no obstante los defensores del régimen de propiedad intelectual explican que este argumento no es exacto, pues aseguran que el objetivo del derecho de patentes es proteger las soluciones técnicas frente a un determinado problema, y no el conocimiento abstracto, cuya expresión puede ser protegida por otras ramas de la propiedad intelectual como el Derecho de Autor.

No obstante flexibilizar de modo inadecuado este requisito devendría en un gran número de patentes concedidas lo que, al igual que la flexibilización del requisito de la novedad provocaría limitaciones innecesarias a la competencia.

Así por ejemplo en países como los Estados Unidos de Norteamérica, es suficiente demostrar que la invención tiene utilidad, ello si bien amplia el espectro de invenciones que merecen el reconocimiento y la protección estatal, como mencionamos también permite un margen de patentabilidad más amplio que el concepto más restrictivo de “aplicación industrial”.

Al respecto, la propia Suprema Corte de los Estados Unidos, ha sabido reconocer que “Las patentes sobre principios científicos amplios son desfavorables... ya que pueden conferir el poder de obstruir áreas completas de desarrollo científico, sin compensar con beneficios al pueblo” (Correa; 2006, p. viii).

Al igual que en el caso de novedad y nivel inventivo, el Acuerdo sobre los ADPIC no define que criterios deben aplicarse para determinar la utilidad o aplicación industrial.

Debido a ello la mayoría de las leyes de patentes existentes en el mundo no contiene una definición de invención, cuestión que para los defensores del régimen no debe ser visto como una falta, sino como un elemento esencial para posibilitar una creciente adaptación de la ley de patentes frente al avance de la ciencia y la tecnología.

Bajo esta lógica se considera que el ADPIC no interfiere con la diversidad de conceptos sobre invención, de hecho, como señalamos el artículo 27.1 indica que los miembros tienen libertad para interpretar, de buena fe, el concepto de invención dentro de sus ordenamientos jurídicos, siempre que observen la aplicación de las normas de interpretación establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Parecería pues, que los ADPIC si confieren la discrecionalidad suficiente para que cada Estado diseñe una serie de normas y políticas conforme a sus necesidades, bajo esta perspectiva el ADPIC no pretendería establecer una regulación internacional uniforme, ni siquiera genera requisitos legales uniformes, simplemente los Estados Miembros de la OMC, están obligados a respetar las normas mínimas del Acuerdo.

No obstante, aquello deja un margen importante de maniobra, dentro del cual pueden configurar su propia normativa sobre patentes y otros aspectos de la propiedad intelectual de acuerdo con las características de sus propios ordenamientos jurídicos y sus necesidades de desarrollo.

Entonces resulta importante que los Estados Miembros pueden adoptar una serie de normas internas que aseguren un equilibrio entre las normas mínimas de protección de los derechos de propiedad intelectual y el bien público.

De este modo pueden adoptar medidas que a través del equilibrio busquen prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual y favorezcan el bienestar social y económico (Artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC), por ejemplo aquellas necesarias para proteger la salud pública, la nutrición y el interés público en sectores de importancia vital para el desarrollo socioeconómico y tecnológico.

“Así por ejemplo los países que cuentan con escasas capacidades de investigación, y aquellos que priorizan la asequibilidad y el acceso a los medicamentos, pueden preferir un enfoque distinto, que trate de buscar limitaciones a la patentabilidad de las sustancias que existen en la naturaleza. Análogamente, los países que consideran que la patentabilidad de tales sustancias atenta contra valores culturales y ético fundamentales pueden querer restringir la patentabilidad de las materias biológicas.” (<http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js4918s/5.2.html> en línea, visitada el 23 de marzo de 2011.)

Por lo tanto, son las legislaciones nacionales quienes están en cargo de definir que debe considerarse invención y qué descubrimiento, ya que conforme mencionamos el Acuerdo sobre los ADPIC tan sólo especifica los requisitos que ella debe cumplir para ser patentable. Particular que deja a los Estados Miembros una considerable libertad para determinar qué se debe considerar invención, para de este modo excluir de la patentabilidad cualquier sustancia que exista en la naturaleza.

En algunas jurisdicciones como los Estados Unidos, una forma aislada o purificada de un producto natural, incluidos los genes es patentable, mientras que en otras latitudes no

lo es; del mismo modo en la Unión europea se establece que la materia biológica y las sustancias aisladas del medio natural, tales como antibióticos nuevos se consideran patentables y en otros lados no.

Es importante destacar también que aún en aquellos países donde la patentabilidad es más laxa, los ADPIC generan un ámbito para que ellos puedan desarrollar leyes nacionales que les suministren mecanismos compensadores que las protejan contra el posible abuso de los derechos de propiedad intelectual, como por ejemplo la provisión de licencias obligatorias.

De este modo, dejar abiertos los criterios de patentabilidad, es un arma de doble filo, pues este marco de discrecionalidad, que en principio pretende asegurar las prioridades nacionales de cada estado, lejos de minimizar las posturas realistas, no hacen sino robustecer sus postulados, tales como la elección racional y la satisfacción del propio interés.

5.2. Recomendaciones

Luego del análisis realizado a lo largo de la presente tesis podemos decir que difícilmente se puede leer al régimen de Propiedad Intelectual bajo una única teoría, puesto que se trata de una estructura amplia y compleja que cuenta con diferentes instituciones que poseen su propia historia e interpretación.

Es por ello que frente a esta mixtura debemos analizar las diferentes instituciones a la luz de al menos dos teorías de las relaciones internacionales, y en ese sentido resulta prudente aplicar dos de las más grandes y que nos presentan perspectivas contrapuestas en muchos casos.

Así pues mientras que para las posturas favorables a la propiedad intelectual, el régimen resultaría ser una condición indispensable para el progreso económico y tecnológico de cualquier país. (Otero Lastres, p. 91; 2001), para las posturas críticas resulta ser todo lo contrario, y el régimen tal cual está concebido únicamente busca precautelar la brecha existente en cuanto a la competitividad y el *status quo* de las cosas.

No obstante, hay que reconocer que ningún régimen, aun aquel desarrollado conforme a la dimensión fáctica, de la que nos habla Norberto Bobbio, y que por tanto logra encarnar la realidad sociológica de quienes se van a sujetar a él, puede por sí mismo provocar los cambios que requiere una sociedad.

Concretamente en el caso que nos ocupa, el sistema de patentes, pese a sus innegables bondades y a los resultados positivos registrados en varias latitudes, no puede considerarse condición necesaria para el desarrollo o una barrera para llegar a aquel, pues por sí sólo no es capaz de liberar y desarrollar el potencial inventivo e innovador de una sociedad.

Requiere de una serie de políticas públicas que posibiliten su impulso y debe pues adecuarse a la realidad que vive cada país. En este sentido la realidad empírica nos demuestra que en principio aquel debe contener normas más laxas y menos duras, en cierto modo proteccionistas, para que aseguren el desarrollo, crecimiento y robustecimiento de la creciente e incipiente industria local.

Es decir en los países en vías de desarrollo como el Ecuador y demás estados miembros de la CAN, el régimen de propiedad intelectual debería propiciar el desarrollo de instituciones que aseguren el establecimiento de desarrollos de sistemas de propiedad industrial que deberían ser liberalmente expansivos, más que excesivamente restrictivos, cuestión que aseguraría su eficacia y solidez, pues los ciudadanos podrían “vivir” y sentir la utilidad del régimen como instrumento necesario para el desarrollo.

Pues actualmente el sistema de propiedad intelectual y concretamente el régimen de patentes es una especie de restaurante famoso, que si bien está abierto para el público en general, en la práctica ocurre que si bien en principio, cualquiera puede tener acceso, en la práctica muy pocos pueden costearlo y por tanto tener efectivo acceso a él.

Es decir es importante desarrollar un régimen de propiedad intelectual y de patentes que no sólo privilegie y que sea accesible para las empresas grandes y medianas, así como

para las personas naturales que cuentan con las posibilidades económicas de contratar abogados especialistas en la materia y que poseen el capital para invertir ingentes cantidades de dinero en el sistema.

Debe tratarse de un régimen que también cuente con instituciones que logren establecer un equilibrio entre aquellas personas, ya sea naturales o jurídicas, que cuente o no con capital, para asegurar de este modo, que se beneficie a todos por igual, enfocándose en la investigación en sí misma, antes que en el capital que las respaldan.

Hoy en día se observa que aquello no es del todo así, Carlos Correa al respecto nos explica que si bien “Comúnmente, se cree que las patentes se otorgan para proteger medicamentos nuevos, mientras que el número de patentes que se conceden por año para proteger productos farmacéuticos genuinamente nuevos es pequeño y decreciente, se otorgan miles de patentes a invenciones relacionadas con el área farmacéutica. Un gran número de patentes protegen modificaciones menores de medicamentos ya existentes.” (Correa; 2003, viii).

Podemos referirnos también a uno de los informes del National Institute for Health Care Management de los Estados Unidos de América, que develan que entre 1989 y el 2000, únicamente 153, esto es el 15% del total de drogas aprobadas correspondieron a medicamentos que ofrecieron una mejora clínica considerable.

No obstante, la realidad del régimen si bien está condicionada en gran medida por el marco normativo que lo cobija, también depende de la forma como los distintos países entienden y orientan al régimen, en definitiva entonces los regímenes serán lo que los estados quieren que sean.

Claro está que existen países con un mayor peso en la política internacional que otros y su forma de comprender y orientar al régimen, no sólo tendrá un alcance local, sino regional e incluso mundial. Sin embargo a través de una adecuada política diplomática, si es posible lograr que las organizaciones internacionales legislen teniendo en cuenta el bienestar general.

En el caso andino y ecuatoriano la lectura que se ha tratado de hacer de las licencias obligatorias, es *sui generis* y particular, pues busca fomentar la industria local, a la par que pretende asegurar el acceso de las personas a los distintos medicamentos licenciados.

Las grandes potencias por su parte parecería que ven a la figura como una forma de atenuar el realismo del régimen confiriéndole cierto grado de cooperación y de la lógica de las ganancias relativas, en la que lo importante es la ganancia de todos.

Además argumentan que son varios los factores que inciden en el precio de los medicamentos y la propiedad intelectual es sólo uno de ellos, no obstante, si bien aquello podría ser verdad y aunque no existe consenso respecto del grado en que la propiedad intelectual, concretamente las patentes, dificultan el acceso a medicinas, es innegable que aquellas al generar un derecho de exclusiva limitan y restringen el acceso a los medicamentos.

Además resulta contradictorio que dada la complejidad y la importancia del tema no existan estudios concretos sobre el impacto de las patentes en las diferentes ramas de la tecnología, y en qué medida ese impacto requiere la revisión del sistema internacional de propiedad intelectual.

Entonces podemos concluir que el debate sobre acceso a medicinas y propiedad intelectual se divide en 2 cuestiones, por un lado se refiere a cómo obtener medicamentos a precios bajos; y la segunda a cómo promover investigación y desarrollo para atender enfermedades endémicas. (Rey; 2006, p.484)

En este sentido considero que no existe una única respuesta y aquella tampoco se halla en la adopción de posturas extremas, realmente la cuestión está en encontrar un equilibrio que si bien premie y compense económicamente el esfuerzo investigativo, no afecte, ni condicione el acceso a ciertas invenciones que pudieran resultar vitales.

Puesto que también hay que considerar que las empresas farmacéuticas son agentes económicos y como tales resulta lógico que estén orientadas a la obtención de utilidades, por lo que resulta no sólo justo, sino necesario reconocerles el derecho a una compensación frente a las innovaciones realizadas.

Pero en este sentido, el régimen debería propender a generar condiciones de igualdad posibilitando el crecimiento y robustecimiento de las industrias de los países en desarrollo y siendo un instrumento capaz de viabilizar la redistribución de la riqueza a nivel mundial, para el efecto se debería propender a que los costos de investigación y desarrollo se recuperen en los mercados de los países más desarrollados, a fin de que en estos estados donde la calidad de vida es mejor, y en aras de la solidaridad y cooperación, subsidien a los países menos desarrollados.

Además hay que reconocer que si bien las patentes pueden constituir una barrera de acceso a la salud, aquellas no son la única barrera de acceso a los países pobres (Rey; 2006, p.487), en este sentido el régimen mundial de propiedad intelectual, al igual que el resto de regímenes internacionales debe propender a generar en los estados un compromiso que permita combatir las causas de la actual crisis global de salud, como son la pobreza generalizada, el establecimiento de políticas de prioridades por parte de los gobiernos, y la generación de un ambiente asegure la provisión y entrega de fondos públicos para aquella población que ni si quiera cuenta con los recursos económicos para pagar medicamentos genéricos.

Es por ello que se requiere de una visión equilibrada del régimen mundial de propiedad intelectual, que nos permita ver y analizar todas sus aristas, y pues ello sólo se logra a través de una lectura sustentada en más de una de las grandes teorías de las relaciones internacionales y en este sentido dada la naturaleza y el alcance del régimen será interesante hacerlo bajo las teorías realista y liberal.

Debido a que actualmente no hay un consenso al respecto, se debe promover la declaratoria expresa de que constituye un derecho humano, el exigir a las empresas farmacéuticas la obligación de prestar ayuda a aquellos países y personas que están en

necesidad, para de esta manera promover un mejor acceso a las medicinas para los más pobres.

No obstante, considero que cualquier solución al conflicto suscitado entre salud pública y propiedad intelectual, deberá considerar una compatibilidad con investigación y desarrollo y el respeto a los derechos humanos, en este sentido se debe establecer el debido reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual, no obstante en el supuesto de existir un conflicto, se debe asegurar que el tema de salud pública tenga primacía sobre los derechos de propiedad intelectual.

En este sentido países como el Ecuador, Perú, Bolivia o Colombia, que cuentan con una incidencia limitada a nivel internacional, difícilmente van a poder transformar determinadas estructuras e instituciones del régimen que cuentan con la aquiescencia de las grandes potencias y se encuentran respaldados por el sistema económico actual.

No obstante, dichos estados si pueden orientar los puntos grises existentes y aprovecharse de aquellos para sin vulnerar los ADPIC, alcanzar una interpretación que les favorezca y que viabilice su desarrollo, así como en su momento hicieron los llamados tigres asiáticos, que encontraron dentro del régimen de propiedad intelectual el resquicio legal que les permitió en gran medida alcanzar su desarrollo.

De este modo por ejemplo se podría intentar flexibilizar la estructura del régimen generando nuevas instituciones que exploten aquellos espacios y ámbitos que nos favorezcan, como la generación de formas de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales o saberes ancestrales, o sobre los principios activos venidos de nuestra riqueza natural, cuestiones que si bien actualmente se han discutido resultan muy abstractas y poco desarrolladas.

Debemos entonces desarrollar nuestra normativa interna conforme a lo que el régimen demanda, pero aprovechándonos de aquellos vacíos y de los espacios de discrecionalidad que él nos brinda para de este modo hacer del régimen lo que necesitamos que sea, ajustándolo entonces a nuestra realidad fáctica, a nuestra medida.

No obstante, no debemos olvidar que si se quiere construir un régimen internacional fuerte es necesario seguir la tesis liberal de “cooperar para converger,... y fomentar el comportamiento cooperativo (la cooperación para la cooperación) entre los Estados, es la función principal de un régimen internacional...” (Dorn; 1998, p. 60), puesto que de esta manera todos los miembros y participantes se consideraran como partes integrantes del mismo y verán en él un instrumento del que son partícipes, y que ayudaron a construir, no por imposición sino por convicción viabilizando de esta manera su preservación y mantenimiento.

En esta línea los estados deben promover el establecimiento de políticas y líneas claras que hagan del régimen una herramienta que genere las condiciones adecuadas para el desarrollo.

Por lo tanto, promover la importación e ingreso del conocimiento y la tecnología que nos permita producir medicamentos genéricos es imperante y constituye condición necesaria para garantizar el éxito de las licencias obligatorias y para asegurar el desarrollo y el fortalecimiento del potencial industrial del país que en unos cuantos años empezará a patentar sus propios productos.

Recordemos que la propiedad intelectual es un tema que contiene varias aristas y que de alguna en ocasiones puede resultarnos beneficioso y en otras no, es por ello que se debe trabajar en el desarrollo de instrumentos internacionales que controlen los excesos que puedan presentarse y que permitan mantener al régimen en términos de equidad y justicia.

Es importante entonces que trabajemos por el desarrollo y el fortalecimiento de las instituciones que nos resultan favorables y que buscan limitar y controlar el uso abusivo del régimen, como las licencias obligatorias o la propiedad sobre los conocimientos ancestrales por ejemplo.

En este sentido resulta importante que se desarrollen lineamientos, directrices y políticas en la materia, las que deben ser elaboradas y discutidas por especialistas en el tema. Así

pues la política en propiedad intelectual tanto local, regional o internacional debe ser conocida y desarrollada bajo la asesoría de expertos en el área, pues se trata de un aspecto que requiere un conocimiento especializado para asegurar su adecuado manejo y evitar consecuencias negativas para el país.

“El monopolio que importa la patente no puede llevar a prácticas que vayan en detrimento de la transferencia internacional de tecnología, ya que como hemos destacado, la transferencia internacional de tecnología es un objetivo reiteradamente presente en el texto en el Acuerdo (arts. 7,8, 40 inc. 1” (Bergel, p. 71, 1997)

Pero lo verdaderamente importante es buscar un equilibrio adecuado en el régimen de patentes, para que de este modo se consolide y llegue a ser universalmente reconocido, no sólo dentro del ordenamiento jurídico de los estados, sino “en el imaginario de los seres humanos” (Donoso; 2011, p. 13), para ello debemos entender que si bien uno de los objetivos del régimen de patentes es alcanzar el desarrollo tecnológico que permita un bienestar general, hay que destacar que no se puede sacrificar al segundo, es decir el bienestar general, por el desarrollo tecnológico, pues se desnaturaliza el régimen y se obstaculiza su universalización en el sentir de la gente.

Consecuentemente, hay que reconocer que la protección generada por el régimen de patentes, está lejos de provenir de un hecho natural y sólo debe permanecer en tanto contribuya al bienestar general.

Las resistencias que se encontraron en los cambio legislativos, en lo atinente a patentes, no se puede atribuir simplemente a la intención de copiar tecnología ajena, muchas veces ello responde a diferencias fundamentales respecto de la filosofía que se tiene sobre el tema.

Es innegable reconocer que el desterrar del ámbito bilateral las negociaciones respecto de propiedad intelectual constituyó una irrefutable victoria, ya que se aísla a la propiedad intelectual de las disparidades que podrían suscitarse en las negociaciones bilaterales, pero del mismo modo el foro multilateral en el cual se logró el acuerdo no

resulta ser el más idóneo, pues por su naturaleza, restringe la percepción de la propiedad intelectual a asuntos comerciales.

Por lo tanto, podemos decir que el establecimiento de un régimen mundial de patentes, resulta positivo en la medida que destierra del ámbito bilateral a las negociaciones sobre propiedad intelectual, además el ADPIC ha demostrado ser una herramienta útil para controlar las distorsiones en el mercado de los bienes inmateriales, que se originaba como resultado de la falta de homologación y la disímil protección.

No obstante resulta un desacierto completamente negativo que se haya percibido a la materia dentro de un espectro comercial, cuestión que es consecuencia del cambio de foro donde se lleva a cabo el debate, relegando aspectos de vital importancia, comprometiendo su justicia, eficacia y vigencia.

De este modo se debe propugnar la optimización y desarrollo del régimen, a fin de que realmente constituya un instrumento que evite las distorsiones en el mercado y para ello se debe buscar el justo equilibrio entre los intereses de los países desarrollados y de los países en desarrollo, puesto que para que una norma incida de manera óptima en la sociedad deben confluír aspectos de vigencia, justicia y eficacia. Puesto que un sistema de protección de las invenciones justo, coadyuvará a que la propiedad intelectual se consolide a nivel mundial.

Es claro que la aplicación del ADPIC se ha consolidado en la mayoría de los estados y en aquellos que aún no se lo hace, su vigencia es inminente, por lo que de forma irrestricta se está estructurando un régimen mundial. Sin embargo también es evidente que el acuerdo ADPIC les fue impuesto a los países en desarrollo, pues ellos urgidos por lograr exportar sus productos ingresaron a la OMC, no obstante hay que preguntarse qué sentido tiene apoyar la investigación de nuevas tecnologías, si a la postre no podrán beneficiarse de estas.

Mucho se ha discutido sobre el tiempo de duración de la protección del derecho de patente y como acertadamente señala Carlos Correa "... hasta el presente, la duración de

los derechos de patentes no había sido sometida a estándar internacional alguno...” (Correa; p. 113, 1997), y aunque hay que reconocer que con la llegada de los ADPICs se logró homogeneizar este período de duración, cabe señalar que tradicionalmente los países en vías de desarrollo establecían períodos de duración de patente menores que los de los países desarrollados y que el período fijado parece más fruto del cálculo comercial y la imposición que del consenso y del beneficio general.

Por ello el período de exclusividad debe ser equilibrado a fin de comprender un tiempo estimado como suficiente para asegurar la recuperación de la inversión, pero no debería durar toda la vida útil del invento, pues de serlo se estaría monopolizando una creación, ya que para cuando entre al dominio público, se estaría protegiendo un bien inmaterial que probablemente ya a nadie le va a interesar reproducir.

Es importante recordar que un principio importante del régimen de patentes, constituye la divulgación del conocimiento y la transferencia de tecnología, en consecuencia una invención patentada necesariamente incidirá de forma positiva en los conocimientos de la sociedad universal, sin embargo hay que reconocer que la estructura actual del régimen de patentes no resulta la más óptima para viabilizar esta situación.

En este sentido, es importante señalar que sin este objetivo, el derecho de patentes se desfigura por completo, de tal modo que no sería posible identificarlo, ni entenderlo, ya que la ultima ratio del sistema de patentes debe ser buscar el bienestar general, más que el desarrollo tecnológico individualmente considerado, puesto que de no ser así el sistema de patentes no se justifica, y aunque hay que reconocer que los actores sociales que intervienen no invertirán en la investigación si ella no les asegura una adecuada protección a su esfuerzo, el régimen de patentes no debe impedir que se experimente con el conocimiento objeto de la protección de una patente, pues perjudicaría su objetivo último la difusión y transferencia de tecnología, permitiendo el abusos por parte de sus titulares.

Por lo tanto se debe buscar un equilibrio en donde la sociedad se vea compensada por el monopolio que otorga, en este sentido, debemos recoger lo que sabiamente explica Kresalja “...habría que batallar para que el nuevo sistema de patentes refleje las

necesidades de los países en desarrollo, pero también deberá hacerlo con aquellas necesidades de los países desarrollados” (Kresalja, p. 225; 2001)

Sin lugar a dudas, la instrumentación del ADPIC ha permitido un grado de armonización importante en las legislaciones de los países miembros de la OMC, sin embargo la posibilidad de beneficios y costos de una mayor armonización deben ser analizados desde una perspectiva económica y legal y debe basarse en el acuerdo y no en la imposición.

Se debe buscar el establecimiento de un convenio cuya solidez este determinada por una universalización homogénea, pero principalmente equilibrada y proporcional, para que de este modo los efectos, tanto positivos como negativos se sufran y gocen por igual. Es que una mayor armonización resultará ventajosa siempre y cuando el sistema como tal sea justo. Sin embargo, se debe reconocer que existen ciertas áreas donde la homogenización y armonización no es posible ni tampoco deseable, pues es importante dejar márgenes de acción a cada país a fin de que puedan adaptar el instrumento a la realidad y las circunstancias que viven, pues cabe recordar que el Acuerdo ADPIC no es autoejecutivo, ni tampoco crea derechos para los particulares, al menos de forma directa; en consecuencia son los Estados quienes deberían establecer libremente el marco jurídico que permita su aplicación.

En este sentido es importante que se observe y se considere el punto de vista de las diferentes sociedades y culturas en la construcción de un régimen tan universal como el de Propiedad Intelectual, pues consideremos que existen “culturas que –a diferencia de la Occidental- consideran que los conocimientos deben pasar a la mayor brevedad al dominio público, sin plantearse con igual rigor la relación causa-efecto entre protección jurídica e incremento de conocimientos”(Kresalja, p. 277; 2001), así que pretender generar un sistema universal sin considerar esta particularidad resulta impensable ya que no se logrará consolidar una extendida aceptación sobre las características que presente.

Es importante destacar que los objetivos que se deben reconocer y proteger deben plantearse desde una perspectiva universal, permitiendo la constitución de un contrato social a escala internacional, ello les permitirá actuar coherentemente entre sí para concretar el objetivo central del régimen de protección de las invenciones y de toda norma: alcanzar el bienestar general.

Sin embargo, como se pudo observar en el presente trabajo, es evidente que el objetivo de los países industrializados está en la mayor homologación, menor distorsión, libre circulación y mayor eficacia de la norma y el de los países en desarrollo principalmente en la transferencia de tecnología, es por ello que pugnan por la introducción y establecimiento de un sistema de recompensa que no necesariamente se presenta como el más justo y que parecería satisfacer únicamente los intereses de las potencias, en este sentido resultaría interesante el establecimiento de un régimen en el que la duración de los derechos varíe de un país a otro considerando su capacidad económica.

Y aunque las compañías multinacionales no deben ser satanizadas por el simple hecho de perseguir un interés económico, ya que ello resulta natural, considerando la naturaleza misma de las empresas, es incorrecto permitir que este interés sea el único o el que principalmente se precautela en el régimen de propiedad intelectual, es por eso que se debe impedir que estos intereses incidan en la normativa sobre propiedad intelectual.

Además se debe gestar un sistema que asegure un orden global que permita y viabilice una representación democrática en la toma de decisiones, es por ello que un orden internacional de aceptación universal debe reconocer un trato preferencial y sin reciprocidad, en cuanto sea posible, a los países en desarrollo.

Resultaría importante dar fuerza coactiva y considerar la Declaración de Doha, pues ella lamentablemente no pasa de ser una revelación de hechos alarmantes, pero que no logra concretar una solución real y efectiva. Como bien señala Stiglitz “en Doha, los países en desarrollo acordaron empezar a discutir una agenda comercial más justa, pero aún quedan por corregir los desequilibrios del pasado.” (Stiglitz, p. 346; 2002)

En resumen, el régimen de propiedad actual es perfectible y en este sentido se lo debe mejorar partiendo de la premisa que por más extraordinario y fenomenal que resulte el avance científico y tecnológico, no hay que olvidar que el sistema trabaja con y para los seres humanos.

6. Bibliografía

- Acosta, Alberto, Breve Historia Económica del Ecuador, Quito, editor nacional, 2006
- *IURIS DICTIO*. Año: 2001 n.4 Quito, Ecuador: USFQ.
 - Andrade Ubidia, Santiago Hace falta una ley que promociene y proteja la competencia económica
 - Falconí Puig Abogados Régimen común sobre propiedad industrial: análisis comparativo entre las Decisiones 344 y 486 de la Comunidad Andina de Naciones
 - Farías Mata, Luis Henrique, Importancia de la regulación de la propiedad intelectual por el Derecho Comunitario Andino
 - Otero Lastres, José Manuel Régimen de marcas en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena
- Ardila, Martha, Diego Cardona, Arlene B. Tickner (2002). Prioridades y Desafíos de la Política Exterior de Colombiana.Santafé de Bogotá, FESCOL-Colombia, Hans SeidelSttufung.
- Ashton en Cole, Julio; “Patentes y Copyrights: costos y beneficios”, en línea, 2002. Disponible en:
<http://www.economia.ufm.edu.gt/publicaciones/Laissezfaire/laissez%2012/julio.HTM#14>, en línea, visitada el 25 de agosto de 2012.
- Angell, TheTruth About the Drug Companies, en; The New York Review of Books, Vol.51, No.12,15.7.2004. Disponible en:
<http://www.nybooks.com/articles/17244>, en línea, visitada el 23 de marzo de 2012.
- *Relaciones Ecuador-Estados Unidos: Situación actual y perspectivas*. [Quito]: Ministerio de Relaciones Exteriores. 229 p (Temas POLÍTICA EXTERIOR ECUADOR ESTADOS UNIDOS DEMOCRACIA DERECHOS HUMANOS

ASPECTOS ECONÓMICOS COMERCIO PROPIEDAD INTELECTUAL
INVERSIONES)

- Bagley, Bruce La Agenda de los Estados Unidos
 - Bustamante, Santiago Políticas de Ecuador y Estados Unidos en Propiedad Intelectual
 - Montufar, César La agenda del Ecuador
 - Shifter, Michael La Agenda de los Estados Unidos
 - Valencia, José La Agenda del Ecuador
- Banco Central del Ecuador, *Ecuador y la integración económica de América Latina*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2007.
 - Barco, Carolina (2004). “*La Política exterior colombiana.: gobernabilidad, democrática, responsabilidad compartida y solidaridad*”. En: Diplomacia, Estrategia Política. Revista de la Universidad de Brasilia. Año I, número I. Octubre-diciembre, pp. 68-92.
 - Bercovitz, Alberto, “El derecho de auto en el acuerdo TRIPs en Temas de derecho industrial y de la competencia, vol. I, Propiedad intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.
 - Bercovitz, Alberto, Los requisitos de patentabilidad en el derecho alemán, Madrid, Medioevo, 1969.
 - Bergel Salvador, Disposiciones Generales y Principios Básicos del Acuerdo TRIPs del GATT, en Propiedad Intelectual en el Gatt, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
 - *Biotechnology: The University-Industrial Complex*, de Martin Kenney
 - Bonilla, Adrián, La Política estadounidense y el conflicto colombiano en la seguridad del Ecuador, Quito, 2002.
 - Braga, “Strengthening Protection of Intellectual Property in developing Countries, A survey of Literature”, Discussion Paper No. 112, 1990
 - Burns, Arthur Robert, “The Decline of Competition”, McGraw Hill, Nueva York, 1936.
 - Cabanellas, Guillermo, “Derecho de las patentes de invención”, t.II, Buenos Aires, Heliasta, 2001, p. 420-421.

- *La Propiedad Intelectual en los tratados comerciales: ¿oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?. Bogotá: 2005. 254 p.*
 - Cano Sanz, Carlos Gustavo Propiedad intelectual y acuerdos comerciales: la visión desde el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural p. 153-160
 - Fink, Carsten El acuerdo de los Adpic, la Declaración de Doha y el acceso a los medicamentos: lecciones recientes p. 105-115
 - Forero, Clemente Propiedad intelectual en las pequeñas y medianas empresas de Colombia p. 189-195
 - Levis, Mirta El acuerdo de los Adpic: legislación nacional y tratados de libre comercio en América Latina p. 116-126
 - Love, James Negociaciones de propiedad intelectual entre Estados Unidos, Colombia, Ecuador y Perú para un Acuerdo de Libre Comercio. El tema de los medicamentos p. 61-70
 - Maskus, Keith Derechos de propiedad intelectual, transferencia internacional de tecnología y acceso al conocimiento p. 33-45
 - Palacio Betancour, Diego Propiedad intelectual y TLC: la visión del Ministerio de la Protección Social de Colombia p. 130-136
 - Koo, Panagariya, Arvind Milagros y debates: en defensa de la apertura comercial p. 46-57
 - Rengifo, Andrés Inconvenientes y posiciones opuestas en materia de propiedad intelectual p. 237-239
 - Ress, Manos Negociaciones comerciales bilaterales y regionales con Estados Unidos en temas de derechos de autor y derechos relacionados p. 169-182
 - Roffe, Pedro El Acuerdo de los Adpic, diez años después: desafíos y oportunidades para América Latina p. 71-79
 - Rosell, Mónica Propiedad intelectual y desarrollo. Derechos públicos vs. derechos privados p. 80-91
 - Zapata López, Fernando El derecho de autor en el ámbito de la sociedad del conocimiento: desafíos y oportunidades p. 183-188

- Cardozo De Da Silva, Elsa. (1998). “Cuarenta años después: la política exterior que tuvimos y la que necesitamos”. Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura. Vol. IV, no. 1. FACES-UCV, Caracas enero-junio, pp. 43 – 63.
- Casado Cerviño, A., y Cerro Prada, B., GATT y Propiedad Industrial, Madrid, 1994.
- Casado, Alberto y Cerro Begoña, “Orígenes y alcances del acuerdo TRIPs, incidencia en el derecho español”, en Temas de derecho industrial y de la competencia, vol. I, Propiedad intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997,.
- Casas Gragea, Ángel M, *Integración regional y desarrollo en los países andinos*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.
- Chang, Ha Joon. *Pateando la escalera del desarrollo*. México, Fondo de Cultura Económica, 2005. Cap. 1.
- Chavarría, Miguel; Francisco García, Otra globalización es posible. Diálogo con Boaventura de Sousa Santos En ICONOS No. 19, pp.100-101; 2004
- Chiriboga, Manuel; “¿Es la CAN esquema vigente de integración?”
- Castañón, Rosario; La importancia de valorizar los resultados de las investigaciones para el desarrollo de un país: los objetivos y principios fundamentales en Seminario sobre propiedad intelectual y la administración de activos intangibles en las universidades y los centros de investigación, Guayaquil , 2011.
- Código Civil Ecuador, Codificación No. 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005, última modificación: 19-may-2011.
- Correa, Carlos; “Instrumentación del Acuerdo TRIP’s en Latinoamérica. Armonización vs. Diferenciación de los sistemas de propiedad intelectual”, en Temas de derecho industrial y de la competencia, vol. I, Propiedad intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.
- Correa, Carlos, Instrumentación del Acuerdo TRIPs en Latinoamérica. Armonización vs. Diferenciación de los Sistemas de Propiedad Intelectual, en Propiedad Intelectual en el Gatt, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997-

- Correa, Carlos, *Integrando la Salud Pública en la Legislación sobre Patentes de los Países en Desarrollo*, South Centre, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Curso Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio ET200611S
- Curso DL 101S Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI
- De León, Puede la Política de Competencia Moderar los Excesos de la Propiedad Intelectual?, Universidad Católica Andres Bello de Caracas, Diálogo sobre propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible, ICTSD/UNCTAD/CEIDIE, SPDA, 22-23 de marzo de 2004, disponible en <http://www.ictsd.org>.
- Demartel, “Métamorphoses du GATT: de l’charte de la havane á l’ Organisation Mondiale du Comemerce”, J.TD.E., en Remiche Bernard y HéleneDesterbecq, “Las patentes farmcéutcas en los acuerdos del GATT”, en Temas de derecho industrial y de la competencia, vol. I, Propiedad intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.
- Dhar, Biswajit y Rao Niranján , “La vinculación de los derechos de propiedad intelectual en el comercio”en Propiedad Intelectual en el Gatt, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- Donnelly, Jack (2000). *Realism and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dorn Holmann, Harry Martín *El estancamiento de la Ronda de Doha: estudio de caso del tema Propiedad Intelectual*. Quito: FLACSO - Sede Ecuador. 2008.
- Fernandez De cordova Viteri, Manuel, Principios Generales sobre patentes, en Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina de Naciones, Dike, Medellín, 2001).
- Fink/Maskus (eds.), *IntellectualProperty and Development: lessonsfromrecenteconomicresearch*, World Bank and Oxford UniversityPress, Washington, 2005
- Fontaine, Guillaume (2005). “Del manejo de conflictos ambientales a la institucionalización de arreglos: el aporte de las teorías de la gobernanza”, en Sergio Abreu (Comp.) *Integración, equidad y desarrollo*. Quito, FLACSO -

- CAF - Embajada de Brasil - Ministério das Relações Exteriores - Odebrecht, pp. 131 – 148.
- *Revista Ciencias Sociales*. Año: 2005 n.24 Quito, Ecuador: Abya - Yala. 2005.
 - Gallardo Fierro, Lucía Los nuevos confinamientos del saber: propiedad intelectual y nuevas biotecnologías
 - Gallardo, Helio. John Locke y la teoría del poder despótico, en *Revista Filosofía Universidad de Costa Rica*. XLIII Número doble (109/110). Mayo-Diciembre 2005. pp. 193-215.
 - Gilpin, Robert. *Global Political Economy: Understanding the International Economic Order*. Princeton, University Press, 2001
 - Gobierno de Estados Unidos, Committee of the Judiciary, United States Senate 85th Congress, estudio sobre “The International patent system and foreign policy”, Washington, 1957, citado por Vaitsos, Constantine, “Bargaining and the Distribution of Returns in the Purchase of Technology by Developing Countries”, en H. Bernstein (ed.), *Underdevelopment and Development: The Third World Today*, Penguin, Harmondsworth, 1974.
 - Gómez Velasco, Xavier “Patentes de invención y derecho de la competencia económica”, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2003, p.68)
 - *Foro: Revista de Derecho*. Año: 2003 n.1 Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. 2003
 - Gómez Velasco, Xavier Los derechos de propiedad intelectual como restricción a la competencia económica
 - Grijalva Jiménez, Agustín; Troya Jaramillo, José Vicente Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador
 - Pérez Valencia, Tatiana El principio de la libertad de comercio y empresa en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
 - Guarnizo, Tatiana; “*La crisis de la CAN: nuevos desafíos para la cooperación en la Región Andina*”.

- Hardman, Joel y Limbird Lee, “Las bases farmacológicas de la terapéutica”, México, 1996.
- Hasenclever, Andreas, Peter Mayer y Volker Rittberger, (1997). *Theories of International Regimes*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Hay, Colin; “*Analytical perspective, Analytical Controversies*”, pp. 12-58, Palgrave, Gran Bretaña, 2002.
- Hobbes, Thomas, 2009. *El Leviatán*. Alianza Editorial: Madrid
- <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js4918s/5.2.html>, en línea, visitada el 23 de marzo de 2011.
- <http://www.derechodeautor.gov.co/htm/Planeacion/Audiencias%20Publicas/2008cp3533.pdf>, en línea, visitada el 30 de noviembre de 2011.
- http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm, en línea, visitada el 23 de marzo 2011.
- http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm, en línea, visitada el 23 de marzo de 2011.
- Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, datos en Guía administrativa para la emisión de licencias obligatorias para productos farmacéuticos en el Ecuador, 2010.
- Holguín, La bolsa y la vida: Impacto de la Agenda Norteamericana para el TLC sobre el acceso a medicamentos y la Salud Pública, Misión Salud (Ed.), Bogotá, 2004, 94. Disponible en:
<http://www.misionsalud.org/la-bolsa-y-la-vida-german-holguin.pdf>, en línea, visitada el 25 de agosto de 2012.
- Jewkes, Jhon, Sawers David, y Stillerman Richard, “The sources of Innovation”, Macmillan, Londres, 1958.
- Josko De Guerón, Eva. (1983). “*La formulación y ejecución de la política exterior como un problema en la agenda*”. En: Instituto de Estudios Políticos. (1983). *La Agenda de la Política Exterior de Venezuela*. Caracas, IEP/UCV, pp. 67-105.
- Kahhat, Farid, *La política exterior del Perú en el nuevo siglo en Perú en el Siglo XXI*, Luis Pasara (editor), Lima, 2008, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo editorial, pp. 283-310.

- Katzenstein, Peter J; “Regionalism in Comparative Perspective”, Cornell University.
- Kell, Susan; “*Big Business and the New Trade Agreements*”, pp. 174-183
- Kellerman Barbara, Allison Redux: Three More Decision-Making Models, JSTOR, pp. 351-367, 1983.
- Keohane, R.O. & Nye, J.S. 1997. *Interdependence in World Politics*. In Crane, G.T. & Amawi, A., *The Theoretical evolution of international political economy: a reader*. New York: Oxford University Press.
- Keohane, R.O. & Nye, J.S. 1998. *Power and interdependence in the information age*. *Foreign Affairs*, Vol. 77, Issue 5, p. 81.
- Keohane, Robert O. (1982). “The Demand for International Regimes” en *International Organization*, 36 (2), pp. 325-355.
- Keohane, Robert O. (1988). *Después De La Hegemonia*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- Keohane, Robert y Nye, Joseph (1988). *Poder e Interdependencia: La política mundial en transición*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- Krasner, Stephen (1983). “Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables”, en Stephen Krasner (comp.) *Internationalist Regimes*, Ithaca, Nueva York, Cornell University Press, 1983, p. 2.
- Krasner, Stephen (1994). “Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables”, en Friedrich Kratochwil y Edward D. Mansfield, *International Organization: A Reader*. Nueva York: Harper Collins, pp. 97-109.
- Kratochwil, Frederich y John Ruggie, (1986). “International Organization: A State of the Art in the Art of the State” en *International Organization*, 40 (4), 1986, pp.753-775.
- Kresalja, Baldo, “El sistema de patentes después del ADPIC: comentarios y reflexionessobre su futura eficacia” en *Temas de derecho industrial y de la competencia*, vol. IV, *Propiedad Intelectual en Iberoamérica*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2001.
- Locke, John. *Segundo Ensayo sobre el gobierno civil*. Editorial Losada. Buenos Aires, 2002.

- Mearsheimer John, 1994/95. *The False Promise of International Institutions*, *International Security*, 19, 3, Winter.
- Mearsheimer, John (1994/95). "The False Promise of International Institutions" en *International Security*, 19 (3), pp. 5-49.
- Mearsheimer, John, 2002, "Realism, the Real World, and the Academy," in Michael Brecher and Frank P. Harvey, eds., *Realism and Institutionalism in International Studies* (Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2002)
- Messner, D. (2001). Globalización y gobernabilidad global. *Nueva Sociedad*, 176: 48-66.
- Morales, Juan Antonio, Bolivia in a Global Setting, en *Bolivia past and present*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, pp. 217-252.
- Morgenthau, Hans, *Politics among Nations: "Six Principles of Political Realism"*, www.mtholyoke.edu/acad/intrel/morg6.htm (New York: Alfred A. Knopf, 1978)
- OMC, "Curso on line, Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionadas con el comercio – ET200611S", 2011.
- OMPI, El Informe de la OMPI sobre Patentes confirma la creciente internacionalización de la actividad innovadora, http://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2008/article_0042.html, visita 23 de marzo de 2012.
- OMPI, Las 45 recomendaciones adoptadas en el marco de la Agenda de la OMPI para el Desarrollo, <http://www.wipo.int/ip-development/es/agenda/recommendations.html>, visita 23 de marzo de 2012.
- Otero Lastres, José Manuel, el sistema de patentes y el desarrollo de los países de la periferia, en II encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2010)
- Otero Lastres, José Manuel, La Propiedad Intelectual, papel dentro del proceso de integración comunitario: tres casos, pipeline, patentes de segundo uso y datos de prueba, en II encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2010)
- Peters, Guy (2003). *El nuevo institucionalismo: La teoría institucional en ciencia política*. Barcelona: Gedisa.

- Pierre, y Peters, Guy (2000). *Governance, Politics and the State. China*. Palgrave Macmillan.
- *Propiedad Intelectual: Su importancia en el desarrollo económico*. Guayaquil: Fundación Ecuador. 1997. 26 p.
- Pico Mantilla, Galo; La Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, disponible en la web:
<http://www.eumed.net/libros/2009d/627/DECISION%20344%20DE%20LA%20COMISION%20DEL%20ACUERDO%20DE%20CARTAGENA.htm>, en línea, visitada el 25 de agosto de 2012.
- Rangel, Alfredo. (2007). “*Colombia. Un País de Contrastes*”. DEP. Diplomacia, Estrategia, Política. Número 8. Octubre/Diciembre, pp. 114-125.
- Robinson, Joan, “The Accumulation of Capital”, Irwin, III 1956.
- Roffe, Pedro; “El acuerdo TRIPs y sus efectos: el caso de los países en desarrollo” en *Propiedad Intelectual en el Gatt*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- *Bioética para la sustentabilidad*. La Habana: Publicaciones Acuario. 2002. xvii, 742 p.
 - Romero, Antonio F.; Henríquez Rodríguez, Ruth Daisy Los medicamentos, las empresas transnacionales y los derechos de propiedad intelectual. Implicaciones para las sociedades de los países en desarrollo
- Romero, Carlos A (2006). *Jugando con el Globo. La política exterior de Hugo Chávez*. Caracas, Ediciones B.
- Romero, Carlos A. (2010). *La política exterior de la Venezuela bolivariana*. Manuscrito presentado a la consideración del IFHC. SP-Brasil. Junio.
- Rosenau, James; Preteorías y teorías sobre política exterior en John Vázquez, 1994 *Relaciones Internacionales. El pensamiento de los clásicos*. Barcelona: Limusa, pp. 207-219.
- Rougier en Cole, Julio; “Patentes y Copyrights: costos y beneficios”, en línea, 2002. Disponible en:
<http://www.economia.ufm.edu.gt/publicaciones/Laissezfaire/laissez%2012/julio.HTM#14>, en línea, visitada el 25 de agosto de 2012.

- Rousseau, Jean Jacques, 1998. *El contrato social*, Cometa de papel: Medellín
- SELA *Nuevas políticas de Propiedad Intelectual: ¿arma de negociación o instrumento de desarrollo?.*Caracas, Venezuela: SELA. 1995. 148 p
- *Seminario sobre propiedad intelectual y la administración de activos intangibles en las universidades y los centros de investigación Guayaquil – Ecuador – 12 a 14 de octubre de 2011.*
- Sherwood, Robert M. *Propiedad Intelectual y desarrollo económico.* Buenos Aires: Editorial Heliasta. 1992. 250 p.
- Sherwood, Robert, “Los sistemas de Propiedad Intelectual y el estímulo a la inversión”, Heliasta, Buenos Aires, 1997.
- Shiva, Vandana; *Proteger o exfoliar*, IntermónOxfam, Barcelona, 2003.
- Sierra, Lya; “*Acuerdo CAN-MERCOSUR en el actual escenario de integración mundial*”, En: *Incentivos y dificultades para la integración en el siglo XXI*, Morales Gustavo (editor), Universidad Javeriana, Cali, 2006.
- Söderbaum, Fredrik; “*Introduction: Theories of New Regionalism*”
- Stiglitz, Joseph, *El malestar en la globalización*, México, Taurus, 2002.
- Taylor, C.T., y Silberston, Z.A., “*The Economic Impact of the Patent System: A Study of the British Experience*”, Cambridge University Press, Cambridge, 1973)
- UNCTAD, “*The role of the Patent System in the Transfer of Technology to Developing Countries*”, UN, New York, 1975; p.1)
- Universidad Nacional de Colombia, *Cátedras de Integración Andres Bello*, Bogota, Convenio Andrés Bello, 2007.
- *Foro: Revista de Derecho.*Año: 2006 n.6 Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. 2003
 - Vargas Mendoza, Marcelo *La marca renombrada en el actual régimen comunitario andino de propiedad intelectual*
- http://www.bsa.org/country/BSA_and_Members.aspx, en línea, visitada el 24 de mayo de 2012
- Young, Oran (1999). *Governance in World affairs.* Nueva York: Cornell University.

- Young, Oran; *Global governance: drawing insights from the environmental experience*. Cambridge : London: The MIT Press. 1997. ed. por Oran Young.
- Zukerfeld, Mariano. *El rol de la propiedad intelectual en la transición hacia el capitalismo cognitivo*. En publicación: *Argumentos*, no. 9. IIGG - Instituto de Investigaciones Gino German, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, FCS-UBA: Argentina. Julio. 2008