

LOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE PATENTES: NOTAS SOBRE SU EVOLUCIÓN

Baldo Kresalja Rosselló
Profesor de Derecho de la Competencia
Pontificia Universidad Católica del Perú

La economía mundial enfrenta la aparición de un nuevo sistema tecnológico, un paradigma tecnoeconómico que ha comenzado a sustituir al anterior modelo, basado en la explotación intensiva de fuentes de energía baratas y que encontraba en la gran industria su expresión más acabada. Por el contrario, el nuevo sistema privilegia las denominadas "tecnologías de la información", que comprenden fundamentalmente las innovaciones en la industria electrónica, informática y de telecomunicaciones.

Dentro de este nuevo paradigma resulta indispensable impulsar el progreso técnico, mediante el aliento a la creatividad y la protección jurídica de sus manifestaciones -entre otras, los inventos-, así como promover el acceso a éstas por parte del público. Precisamente esta es la función que, en opinión del autor, debe cumplir cualquier sistema de Derecho de Patentes.

A lo largo del presente artículo el doctor Baldo Kresalja, destacado especialista en Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual, analiza la evolución del tratamiento que, tanto a nivel mundial, regional y nacional, ha tenido el Derecho de Patentes a lo largo de la historia; lo que nos permite comprobar que el Derecho de Patentes ha sufrido importantes cambios; evolución que afecta incluso a la propia función que se le atribuye. Resultan de especial interés las apreciaciones que el doctor Kresalja realiza sobre el futuro sistema de patentes, que, según sus apreciaciones, no sólo tendrá un carácter universal, sino que además deberá ser especialmente flexible para poder adaptarse a una realidad en permanente cambio.

Las siguientes líneas buscan que el amigo lector conozca, a grandes rasgos, las funciones que se le asignan a las patentes de invención en recientes convenios internacionales, por el impacto que ello tiene en las labores de investigación así como en la vida cotidiana de las personas. Se inician con una brevísima mención a la importancia y características actuales de la investigación científica y tecnológica, para tratar después del objeto y contenido del Derecho de Patentes. Posteriormente, hacen referencia al diferente tratamiento que en el tiempo han tenido aquellos temas que particularmente sirven para explicar su evolución, así como su concreción en el ADPIC. Finalmente, enuncia algunas de las demandas que, surgiendo de las empresas transnacionales y de los países desarrollados, presionan para modificar el sistema actual y llevar quizás al nacimiento de uno nuevo en el próximo milenio.

1. CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Una de las características distintivas de nuestra época reside en la particular estima que entre las naciones tienen las ideas de progreso y desarrollo, estrechamente vinculadas a la ciencia y a la tecnología. En su condición de ser racional, el hombre tiene la fuerza creadora necesaria para transformar la naturaleza, para ponerla a su servicio, lo que le permite tener mayor dominio sobre el medio en que vive y así aumentar -si cabe- su libertad. La ciencia y la tecnología resultan instrumentos particularmente eficaces en esa tarea y, por ello mismo, para el mejoramiento del nivel de vida de los pueblos, tanto en lo material como en lo espiritual.

En nuestros días la investigación científica y tecnológica se ha desarrollado grandemente por la existencia

de una "demanda tecnológica", fenómeno que es fruto de las grandes transformaciones ocurridas en la industria, el comercio y los servicios. Es por ello que buena parte de actividad científica contemporánea tiene carácter instrumental, es decir, se trata de "investigación aplicada", pues persigue su rápida utilización para la satisfacción de necesidades, algunas de éstas "fomentadas" por el aparato publicitario que acompaña a las grandes corporaciones multinacionales.

La situación descrita ha modificado profundamente la forma de trabajo de los investigadores, constatable en el hecho de que las invenciones de gran importancia han dejado de ser -en muchos casos- el resultado de un esfuerzo individual para convertirse en el fruto de un trabajo de equipo. De ahí que los pueblos y naciones que no desean quedarse a la vera de los caminos que conducen a un futuro mejor, den gran atención a la educación y a la cultura, y promuevan la creación de centros de investigación, asentados en buena proporción en sus universidades.

Debe tenerse presente que la tecnología tiene un carácter acumulativo, por cuanto presupone un conjunto de conocimientos anteriores; irreversible, en el sentido de que los nuevos conocimientos desplazan a los anteriores; ilimitado; planetario y transmisible. La tecnología, que es conocimiento, en mucho mayor medida que el capital, es la principal fuente de la riqueza moderna. Resulta claro entonces que cuando sólo unos pocos tienen acceso a esos conocimientos, tendrán un poder concentrado; esto ocurre también en el ámbito de las naciones, creando una clara desigualdad.

Estas consideraciones adquieren una nueva dimensión si tenemos presente que la economía mundial enfrenta la aparición de un nuevo sistema tecnológico. En efecto, el nuevo paradigma tecnoeconómico - que ya ha comenzado a sustituir al anterior basado en hidrocarburos baratos y otros materiales intensivos en energía - se sustenta en las llamadas "tecnologías de la información", que comprenden las innovaciones en la industria electrónica y los cambios concurrentes en las industrias usuarias tales como telecomunicaciones; en la biotecnología; y en el respeto al medio ambiente. Este nuevo paradigma ya ha comenzado a afectar a diversos sectores de la actividad económica tradicional, y tiene un amplio impacto en las relaciones sociales y en las formas de vida. Así, querámoslo o no, somos partícipes en una aventura en la cual solamente están predeterminadas algunas reglas.

2. DERECHO DE PATENTES

El objeto fundamental del Derecho de Patentes es impulsar el progreso técnico, mediante el aliento a

la creatividad y la protección jurídica de sus manifestaciones, esto es, de los inventos, así como promover el acceso a éstos por parte del público. Cabe anotar, aunque ello no es parte de este artículo, que no todos los inventos son protegibles jurídicamente, pues deben cumplir con ciertos requisitos mínimos (novedad, altura inventiva y aplicación industrial) y no estar expresamente excluidos por la ley.

Creemos que resulta pertinente recordar que el Derecho de Patentes no busca prioritariamente la protección de la "propiedad" del inventor sobre su invento, sino más bien la comunicación que hace de la misma a la sociedad, describiéndola en forma tal que cualquier técnico o experto en la materia puede ponerla en práctica; por este motivo es que no se le concede el título respectivo ("patente") si previamente no hace una correcta descripción del invento. Esta comunicación resulta de la mayor importancia, pues la sociedad la conserva y transmite, haciendo posible la realización de nuevos inventos. Por estas consideraciones es que dice que la "patente de invención" es la institución del ordenamiento jurídico destinada a fomentar el progreso técnico.

Los inventos, que en esencia no son otra cosa que la solución a un problema técnico que se presenta a todos, problema que puede admitir diferentes soluciones, es decir, varias ideas inventivas que pueden ser halladas por la misma o distintas personas, son comunicados o transmitidos por el inventor a la sociedad a cambio de obtener un monopolio temporal para explotarlas con carácter exclusivo, lo que adquiere especial significación en un sistema de libre competencia donde, en principio, no pueden existir privilegios.

De lo dicho se desprende que los objetivos del Derecho de Patentes son: a) la promoción del aumento de los conocimientos técnicos; b) la conservación y publicidad de los avisos; y c) el estímulo para su puesta en explotación. Vale indicar que los conocimientos que así se conservan constituyen parte significativa del "estado de la técnica", que tan grande importancia tiene para la determinación de la novedad de un invento y la correspondiente concesión de la patente. Y que la puesta en explotación se puede hacer realidad porque durante un plazo se tiene "una exclusiva" (usualmente entre 15 y 20 años) suficiente para obtener una rentabilidad adecuada, que permita recuperar las muy importantes inversiones realizadas en la investigación previa, así como en la adaptación posterior del invento a los procesos productivos.

Los inventos que las leyes permiten proteger¹, deben tener novedad, nivel inventivo y aplicación industrial. Veamos brevemente lo que esto significa. El invento tiene que ser nuevo para que su titular goce de un derecho de exclusión, pues de lo contrario se convertiría en un beneficio injustificado, ya que se privaría a la sociedad de un bien o conocimiento que pertenece a todos. Y es nueva la invención cuando no está comprendida en el "estado de la técnica", esto es, cuando no es conocida por el público, sea por una descripción escrita u oral, o por una utilización anterior a la presentación de la solicitud respectiva. Este examen de novedad es realizado en las oficinas nacionales o regionales de patentes y es claro que muchas no podrán realizarlo, sea por falta de medios que les permitan conocer de los antecedentes o anterioridades, sea por la ausencia de personal capacitado. Por nivel inventivo se entiende la falta de obviedad; es decir, la necesidad de que una persona versada en la materia compruebe que el invento no se deriva -de forma evidente- del "estado de la técnica". Y en nuestros días se considera que la aplicación industrial no es sólo cuando el objeto de la invención pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria o actividad productiva, sino también cuando se trata de servicios.

3. LA FINALIDAD ORIGINARIA: SU EVOLUCIÓN

Como veremos a continuación, el Derecho de Patentes ha sufrido una muy importante evolución que afecta a la propia función que se atribuye a las patentes. Y ello reviste singular importancia porque es dicha función la que inspira a las legislaciones positivas.

Se ha señalado acertadamente² que la finalidad perseguida por las patentes está condicionada básicamente por los intereses que tiene, en el ámbito técnico-industrial, el país que legisla. De lo que se constata que el Derecho de Patentes no ha tenido una regulación igual en todas partes y en cualquier momento, sino que caben opciones muy diversas; y

que inclusive puede sufrir con el paso del tiempo cambios sustanciales en un mismo país.

La legislación de patentes en Europa, en una primera etapa, buscó obviamente promover el progreso técnico, pero sin tomar en cuenta ni los intereses del auténtico inventor ni el de otros países; esto es, lo que persiguió fue la puesta en explotación de las nuevas técnicas dentro del territorio nacional. Así, la patente se otorga a quien "introduce" el conocimiento, no importando si era o no conocido en el extranjero. En la doctrina inglesa tradicional (Siglo XVII) se reconocía que "el objeto de la ley de patentes es estimular la creación de nuevas industrias en este país, y por esta razón el importador de una invención ha sido tratado siempre como primero y verdadero inventor"³. Similar declaración contiene el artículo 1 de la primera Ley francesa de patentes de 1791. Esta primera equiparación entre inventor e introductor, dio lugar posteriormente a una distinción entre patentes de invención propiamente dichas -para los primeros- y patentes de introducción -para los segundos-; distinción que se mantuvo en muchas legislaciones hasta muy entrado el presente siglo.

En lo que concierne a la novedad exigible para las invenciones patentables, ésta tenía un carácter nacional. Así lo establecía la *Patents Act* inglesa hasta 1977, y la Ley de la República Federal de Alemania hasta 1980⁴. En este último país, por ejemplo, no perjudicaban la novedad ni las publicaciones impresas de una antigüedad superior a los cien años, ni los actos de utilización del invento realizados en el extranjero.

Otro tema central en la legislación europea de patentes fue el de la obligación de explotar la patente concedida. En efecto, durante el Siglo XIX y la primera parte del actual, las patentes estaban concebidas para incentivar el desarrollo de nuevas industrias dentro del país que las concedía. Tanto la ley francesa, como la inglesa y alemana, con distintas modalidades, castigaban con la caducidad a la patente que no era explotada dentro de su respectivo territorio⁵.

¹ Por diversos motivos las leyes de patentes excluyen de la protección jurídica a algunos inventos. En el caso peruano, por ejemplo, el artículo 7 de la Decisión 344 y el artículo 28 del Decreto Legislativo 823 indican que no serán patentables, entre otros, las invenciones contrarias al orden público, o a la preservación del medio ambiente; las razas animales; las materias que componen el cuerpo humano, etc.

² Bercovitz, A., "Evolución histórica de la protección de la tecnología en los países desarrollados y su relación con la protección en los países en desarrollo" en *Revista del Derecho Industrial*, No. 35, Mayo-Agosto 1990, Buenos Aires, pág. 319.

³ "Halsbury's Laws of England", *Ibid.*, pág. 320

⁴ *Ibid.*, pág. 321

⁵ Especialmente significativa es la evolución de la protección de las invenciones químico-farmacéuticas, que en una primera etapa buscan proteger la producción de la industria en el territorio nacional para después ser utilizadas como instrumento para asegurarse monopolios de exportación. Para el caso alemán ver *Ibid.*, págs. 325 y ss.

Ahora bien, los criterios citados han sufrido una importante evolución que pone de manifiesto el progresivo cambio en la finalidad de la institución. Así, la Comunidad Europea ha impuesto la exigencia de la novedad absoluta o mundial, instituida por el Tratado de Munich sobre la concesión de patentes europeas del 5 de octubre de 1973. Cambio importante también, estrechamente enlazado al anterior, es el extendido reconocimiento a que la protección jurídica debe brindarse a quien es el primero y verdadero inventor, y no al introductor del conocimiento.

De otro lado, el desarrollo de las comunicaciones y el incremento del comercio internacional pusieron ya de manifiesto en el siglo pasado que era posible obtener un beneficio de la patente sin necesidad de explotar el invento patentado en el país, sustituyéndola por la importación de los productos protegidos por la patente. En efecto, el sentido de la legislación varía, pues de imponer la obligación de explotar y de prohibir la introducción en el país respectivo de objetos fabricados en el extranjero semejantes a aquellos protegidos por las patentes, en ambos casos bajo pena de caducidad, se pasa a atribuir al titular de la patente, como parte fundamental de los derechos que le corresponden, el derecho exclusivo a importar los productos obtenidos por la invención patentada. En tal sentido se pronuncian las leyes francesa de 1978 (artículo 29), inglesa de 1977 (Sección 60) o la española de 1986 (artículo 50).

Estos cambios en la obligación de explotar y el derecho exclusivo a la importación se han reflejado también en los sucesivos textos del Convenio de la Unión de París. Así, en el texto original del 20 de marzo de 1883 se mantenía la obligación de explotar en el país, aunque ya se disponía que la importación de objetos protegidos no era por sí sola causa de caducidad. Posteriormente los textos de Washington de 1911, La Haya de 1925, Londres de 1934 y Lisboa de 1958 reflejan la evolución, pues para declarar la caducidad se exige primero un plazo mínimo de tres años, a lo que después se agrega la concesión de licencias obligatorias.

En la legislación andina, también puede apreciarse el cambio que venimos comentando. La Decisión 85, la primera en la Sub-región, incorporada a nuestra legislación por el Decreto Ley 22532 de mayo de 1979, dispone la obligación de explotar (en forma "permanente y estable", dice el artículo 31) en el territorio del

país que concedió la patente, pues de lo contrario caducará a los cinco años de su otorgamiento frente a los diez de plazo máximo (artículo 29). Además, la patente no otorgaba el derecho exclusivo de importar el producto patentado o el fabricado por el procedimiento patentado (artículo 28).

Posteriormente, en las Decisiones 311 y 313 de Diciembre de 1991 y Febrero de 1992, respectivamente, el plazo de protección se amplía a 15 años, el que puede extenderse a 20 en caso de explotación (artículo 30), la que sigue considerándose obligatoria, pero ahora se puede efectuar en cualquiera de los países andinos (artículo 37). Sin embargo, se incorpora una disposición en virtud de la cual se entiende por explotación ya no sólo la producción del objeto de la patente o el uso integral del proceso patentado, sino también la importación, siempre que se haga en forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado (artículo 37); en tal virtud, el titular de la patente goza no sólo del monopolio de producción, sino también del de importación, salvo en casos de excepción. De otro lado, se acepta la tesis del agotamiento internacional de los derechos del titular (artículo 35, inciso a), es decir, que éste no puede controlar el proceso de comercialización de productos fabricados con su invento.

En la legislación actualmente vigente en el Perú, conformada por la Decisión 344 (octubre de 1993) y el Decreto Legislativo 823 (abril de 1996) se consolidan las tendencias anteriores. Veamos: en primer término, se otorga la patente al verdadero inventor (artículos 8 y 29, respectivamente), no al introductor, y se exige novedad absoluta o mundial (artículos 1 y 2; y 22 y 23, respectivamente), lo que también fue exigido por las Decisiones 311 y 313. En la Decisión 85 también se exigía novedad absoluta, pero en cuanto a la titularidad la prescripción de su artículo 6 no era tan clara, puesto que "el derecho a la patente se presume que pertenece al primer solicitante", con el cual indirectamente se aceptaba que podía pertenecer a un "introductor" y no al verdadero inventor. La legislación vigente otorga el privilegio por 20 años (artículos 30 y 60) estándar internacionalmente aceptado, sin que sea necesario probar la explotación para acceder a él; ratifica la disposición sobre obligación de explotar (artículos 37 y 70), aunque matizada, pues la importación se considera explotación, siempre -eso sí- que se haga de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado (artículos 38 y 71)⁶, manteniéndose también la tesis del agotamiento

⁶ Resulta ilegal por contravenir, sin duda, a la letra y al espíritu de los Artículos 38 de la Decisión 344 y 71 del Decreto Legislativo 823, además de contrario al interés nacional y a la protección de los consumidores, la interpretación dada por el Decreto Supremo 010-97-ITINCI al Artículo 71 del D.L. 823, en el sentido que la importación de UN producto patentado, o la importación de un producto obtenido a través de un procedimiento patentado, se consideran suficientes para satisfacer la demanda del mercado de dicho producto. Ello significa que la República del Perú otorga un privilegio de exclusividad, que incluye el de la importación, a quien puede negarse a venderlos

to internacional de los derechos (artículos 35 a) y 66 a)). En síntesis, la legislación vigente consolida la evolución anterior y se adecúa a la tendencia internacional, cuyo significado veremos a continuación.

En efecto, ¿a qué se deben estas variaciones legislativas nacionales e internacionales antes enunciadas? En verdad, ponen de manifiesto -como hemos dicho antes- el progresivo cambio en la finalidad de la institución. De una finalidad originaria dirigida a conseguir el progreso técnico-industrial del Estado que concede la patente, con un planteamiento autárquico, se tiende de manera continuada a fomentar la función internacionalizadora, que permita a los titulares de las invenciones conseguir una explotación de éstas no a nivel nacional, sino internacional. Esta orientación es la que marca los cambios legislativos, pues hace que se incida en la atribución del derecho a la patente solamente al inventor, y ya no al introductor, y que la exigencia de novedad absoluta, a nivel mundial, tienda a conseguir que todas las patentes para una misma invención correspondan al mismo inventor.

De otro lado, el debilitamiento de la obligación de explotar la patente en el país que la otorga facilita la explotación de la invención patentada en una pluralidad de mercados nacionales, no por medio de la explotación local, sino sirviéndose de las exportaciones; así, se propicia que las patentes sean utilizadas para asegurar la exclusividad en los mercados de exportación.

Es más, normas como las de extensión de la protección del procedimiento patentado al objeto directamente obtenido por él o la de inversión de la carga de la prueba para las patentes de procesos que dan lugar a sustancias nuevas, nacidas para proteger a la industria nacional impidiendo las importaciones, pasan a ser utilizadas precisamente para reforzar el derecho exclusivo de importación y promocionar así las exportaciones.

Las razones de la evolución mencionada son evidentes; sucintamente podemos decir que el paso de un planteamiento autárquico a otro internacionalista ocurre porque las empresas nacionales precisan mercados exteriores para la explotación de las innovaciones tecnológicas que realizan. Es decir, que una vez que el país ha llegado a tener un importante potencial tecnológico, precisa que sea explotado en un mercado más amplio que el nacional: de ahí que

las reglas del Derecho de Patentes se pongan al servicio de esta orientación. Interesa destacarse, entonces, que los cambios se han efectuado para favorecer tanto al progreso tecnológico como a los intereses de las industrias nacionales, hoy transnacionales, que generalmente tienen asiento en los países ricos.

Por cierto que es preciso reconocer que la cada vez más rápida difusión de la tecnología, la mejora extraordinaria de los transportes y comunicaciones y de los sistemas de producción impulsan la internacionalización de los intercambios y consiguientemente del mercado. Hoy puede ser mucho más rentable producir en un único centro para abastecer a todo el planeta; además, a la internacionalización de los mercados se corresponde la de las empresas, que se hacen multinacionales.

De otro lado, la investigación tecnológica se ha hecho cada día más costosa y sus resultados, una vez que se hacen públicos, se difunden con gran rapidez a escala mundial. De esta realidad se derivan importantes consecuencias, frente a las que el Derecho no puede estar ausente. La primera es que la rentabilidad de esa investigación sólo es posible si sus resultados son explotados a nivel internacional. La segunda consiste en que la única manera de hacer rentable esa explotación es haciéndola exclusiva, para lo cual son necesarias las patentes, ya que sin ellas las nuevas tecnologías, dada su rápida difusión, pueden ser copiadas. Y, por último, hay que tener en cuenta que la búsqueda de rentabilidad normalmente impedirá que la explotación pueda hacerse en todos los países donde se pretenda la comercialización de los productos obtenidos.

Como es obvio, las distintas leyes nacionales no pueden conseguir por sí solas la realización de la nueva función de las patentes a nivel internacional. Se impone entonces recurrir a instrumentos de carácter internacional, entre los cuales destaca históricamente el Convenio de la Unión de París de 1883. De otro lado, por ejemplo, el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT, Washington, 1970) y el Convenio sobre la Concesión de Patentes Europeas (Munich, 1973) tienen por finalidad facilitar la obtención de patentes por un mismo titular y para una misma invención, en una pluralidad de países, incorporando a tales efectos la exigencia de novedad absoluta y la atribución del derecho a la patente al inventor.

productos fabricados con el invento legalmente protegido o, en todo caso, declara que satisface el requisito de ley vendiendo un producto, no importando cuánto lo necesiten los consumidores. Este dispositivo, que debe haber sido promovido por alguna inescrupulosa entidad internacional o por un gobierno que con ello ha hecho abuso de su poder, es una vergüenza para el país y un hecho insólito en materia de Derecho de Patentes.

Por ello es que la tendencia durante los últimos años ha consistido en tratar de universalizar la normativa para alentar de este modo la inversión en investigación y en desarrollo. Por cierto que esta tendencia, que es la predominante, se ve en ocasiones enfrentada a otra de algunos países en desarrollo, fruto sin duda de los distintos niveles de desarrollo. Así, mientras los países desarrollados conciben al Derecho de Patentes como un instrumento para el progreso tecnológico a nivel mundial, que sus compañías concretan, incrementando así su poder, algunos otros países que se encuentran en desarrollo atribuyen a las patentes la misma finalidad que les otorgaban los propios países desarrollados en las etapas iniciales de su desarrollo industrial, esto es, la finalidad de impulsar el progreso tecnológico e industrial nacional.

Pero esos enfrentamientos han perdido vigencia con la incorporación de los derechos intelectuales al GATT, a través de lo que se denomina el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC; en inglés TRIPS), que a continuación veremos.

4. EL ADPIC

Es prácticamente unánime el reconocimiento del ADPIC como el instrumento más importante para la protección de la propiedad intelectual (Propiedad Industrial y Derecho de Autor) celebrado en el Siglo XX⁷; constituye, en verdad, la piedra angular del futuro régimen de los bienes inmateriales. "Su trascendencia obedece a razones cualitativas como cuantitativas; las primeras porque ha elevado el nivel de protección establecido en los dos más célebres convenios internacionales sobre la materia, el de París y el de Berna; y las segundas porque a la fecha el número de miembros supera largamente el centenar, estando dentro de ellos todos los países desarrollados y los latinoamericanos"⁸ Para entender de su importancia es conveniente, creemos, recordar su génesis.

4.1. Génesis

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), creado en 1947 con el objeto de administrar un tratado multilateral en el campo del comercio, eliminando barreras comerciales y proteccionistas, llevaba implícita la creencia de que el acercamiento de las prácticas de comercio a lo que dispone la teoría de las ventajas comparativas traería paz y prosperidad a las naciones. Con iguales propósitos fueron creados el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), para atender requerimientos de crédito a corto y largo plazo, respectivamente⁹. Hasta inicios de la década del '70, el PBI de los países tuvo un incremento significativo, pero fundamentalmente en favor de los países desarrollados, cuyo porcentaje de participación en el comercio mundial aumentó del 65% en 1950 al 80% en 1970¹⁰. Sin embargo, durante la década del '70 aumenta el desempleo en esos mismos países, lo que da origen a medidas proteccionistas, que se agudizan en la década del '80, caracterizada por la recesión, fluctuaciones en el tipo de cambio, baja significativa en el precio de las materias primas, deuda de los países en desarrollo, etc. Todo esto lleva a declinar la confianza en el GATT, incrementándose los convenios bilaterales y discriminatorios, y deteriorándose el sistema multilateral¹¹. Fueron estos y otros problemas los que sirvieron para determinar qué asuntos debían formar parte de la agenda de lo que se denominó la Ronda Uruguay.

Desde su creación, el GATT ha celebrado periódicamente Rondas de Negociaciones Comerciales Multilaterales, centrándose las seis primeras en el tema de los niveles de protección arancelaria. En la Ronda de Tokyo (1973-1979), la séptima, se plantearon los temas del neoproteccionismo y la necesidad de profundizar la liberalización comercial, referida a barreras no arancelarias, como el dumping. Pero no bien finalizada, se constató que los resultados obtenidos no eran suficientes y que era preciso

⁷ En tal sentido se pronuncian, entre otros, Casado, A. y Cerro, B., "GATT y propiedad industrial", Madrid, 1994; Correa, C., "Acuerdo TRIPS", Buenos Aires, 1996; Gómez Segade, J.A., "El acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual" en Actas de Derecho Industrial, Tomo XVI, Madrid, 1994-1995.

⁸ Kresalja, B., "Eficacia del sistema de patentes frente a la realidad comercial que puede preverse existirá en los albores del siglo XXI", XIII Congreso de la ASIPI, Santiago de Chile, 1997, pág. 6

⁹ Los socios fundadores del GATT fueron mayoritariamente países desarrollados. El Perú se adhirió en 1951, habiendo sido su participación marginal.

¹⁰ Kahn, K., "Developing countries and the Uruguay Round", Law and State, Institute for Scientific Cooperation, Tübingen, 1993, Vol. 48, pág. 54.

¹¹ Ibid., págs. 55 y ss.

iniciar una nueva Ronda de Negociaciones que decidiera enfrentar los problemas generados por el unilateralismo. Por este motivo es que en 1986 comienza la que ha sido hasta ahora la última de las Rondas de Negociaciones, la de Uruguay, que concluyó en 1993 después de más de siete años de negociaciones, y cuya Acta Final fue suscrita por 124 países en la ciudad de Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1995, algunas de cuyas estipulaciones entraron en vigencia para determinados países el 1 de julio del mismo año. El denominado ADPIC constituye el Anexo 1.C del punto II del Acta Final por la que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), que tan grande importancia está llamada a tener en el futuro económico de las naciones.

Pero, ¿cómo es que se llega al ADPIC? En primer término hay que decir que la Ronda Uruguay fue muy distinta de sus antecesoras, tanto por sus objetivos como por el entorno internacional en el que se desarrolló, pues apuntó a una transformación sustantiva de las reglas que rigen el régimen internacional de comercio, con el objeto de adecuarlas -por presión fundamentalmente de los Estados Unidos y en menor medida del Japón y la Unión Europea- a las nuevas realidades de la economía internacional, fruto del impacto de la revolución tecnológica en las estructuras productivas y en el comercio internacional, y frente al inadecuado marco legal existente.

En este contexto es que la Ronda Uruguay se ocupa de "nuevos temas", uno de los cuales es el de los Derechos Intelectuales, y ello responde -como hemos dicho antes- a las propuestas de los países desarrollados, ya que resultan siendo un componente esencial de las estrategias de reestructuración económica puestas en marcha en su interior, para hacer posible el desarrollo de un nuevo régimen de acumulación que surge como resultado del cambio tecnológico. Veamos, sucintamente, algunas circunstancias que hicieron posible tales propuestas, pues están vinculadas a los objetivos del Derecho de Patentes.

Los asuntos relacionados a la Propiedad Industrial comenzaron a tener un interés significativo para el

Gobierno de los Estados Unidos a partir de la década del '70¹², cuando este país comenzó a tener un balance comercial significativamente negativo, debido a varios factores, pero especialmente destacable, en primer término, por la falta de inversión a largo plazo, lo que hizo creer a algunos que había perdido el liderazgo tecnológico, fundamentalmente en las áreas "de punta". En segundo lugar, al incremento de lo que se denominó "piratería", tanto en el área técnica como en la de los signos distintivos, la que llegaría a alcanzar cifras exorbitantes y a afectar seriamente a la población trabajadora¹³. Estos factores hicieron que la industria norteamericana presionara a su gobierno y a su Congreso para que incluyeran el tema de los Derechos Intelectuales tanto en las negociaciones bilaterales como multilaterales de carácter comercial.

Lo anterior dio lugar a múltiples estudios, informes y propuestas, en los que, en síntesis, se reconoció que las nuevas tecnologías constituían armas poderosas cuyo uso inadecuado o ilegal desembocaba en serios riesgos tanto a nivel económico como político y social. Por todo esto, un muy importante estudio del Congreso de los Estados Unidos reconoció en 1986¹⁴ que las nuevas leyes o políticas en materia de Propiedad Intelectual deberían tener en cuenta: a) que la información es tanto un bien transable como un recurso social, difícil de controlar pero fácil de comprar; b) la creciente complejidad del sistema de protección de la Propiedad Intelectual; y, c) la naturaleza cambiante de la tecnología, lo que crea incertidumbre permanentemente.

En otro importante informe¹⁵ se asocia la piratería al desarrollo económico de los denominados nuevos países industrializados del Asia (NIC's), lo que para las empresas norteamericanas representa, en el corto plazo, una reducción en los porcentajes de retorno de la inversión efectuada por individuos o empresas; disminución de ventas y puestos de trabajo; problemas de seguridad y salud pública; y, en el largo plazo, un debilitamiento de los sistemas internacionales destinados a fomentar la innovación y la creatividad (sistema de patentes y derechos de autor), así como a otorgar garantía de calidad en productos y servicios (sistema marcario).

¹² Blair, H., "Intellectual property and the United States Government - A change of view", 1988.

¹³ En 1986 las pérdidas de la industria norteamericana por infracciones se estimaron entre 43 mil y 61 mil millones de dólares. Los productos piratas en 1986 significaron 200,000 puestos de trabajo perdidos en Europa. Los productos falsificados representaban en 1994 el 5% del comercio mundial, siendo Corea el país líder en falsificaciones, etc.

¹⁴ Congress of the U.S., Office of Technology Assessment, Washington, D.C., 1986, págs. 12 y ss.

¹⁵ National Security and International Affairs Division-United States General Accounting Office (GAO), "International Trade. Strengthening worldwide protection of intellectual property rights", Washington, D.C., 1987.

Ante estas realidades, fue entonces que el gobierno de los Estados Unidos inició conversaciones bilaterales, en especial con aquellos países que habían causado mayores problemas¹⁶ con el objeto de que cumplieran con las normas internacionales generalmente aceptadas¹⁷, y si estas presiones no daban resultado amenazaron imponer sanciones o restricciones comerciales al amparo de su famosa -y aún vigente- *Trade Act* de 1984 y de su aún más famosa Sección 301, que permite al presidente de esa nación, discrecionalmente, reducir beneficios comerciales si no se respetan los derechos de la Propiedad Intelectual. Fue así que durante la década del '80 los Estados Unidos fueron obteniendo algunos éxitos que prepararon el terreno para obtener posteriormente apoyo en las negociaciones de la Ronda Uruguay.

De otro lado, aunque en menor medida, tanto la Unión Europea¹⁸ como el Japón, también habían sido afectados por los mismos problemas. Durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, la primera defendió desde el inicio la necesidad de fortalecer el multilateralismo¹⁹ mediante la creación de una organización con alcance mundial, aunque se presentaron desacuerdos importantes con los Estados Unidos en las áreas agrícola y de telecomunicaciones. El Japón adoptó un perfil bajo, e ignoró aquellas áreas que podían afectar a sus grandes compañías. Por su lado, las importantes comunidades de negocios de los Estados Unidos, Europa y Japón expresaron en 1988 su opinión²⁰ reconociendo que, a pesar de los esfuerzos que se habían realizado a través de los regímenes internacionales de protección de la Propiedad Intelectual, ésta era inadecuada e ineficiente, lo que originaba grandes pérdidas, y que apoyaba la decisión de incluir estos temas dentro de las negociaciones de la Ronda Uruguay.

Pero ¿cuáles fueron las razones determinantes para que fuera en el GATT que se trataran los temas de los Derechos Intelectuales, y dentro de ellas las referentes a patentes de invención? El antes citado estudio de la GAO indica que el gobierno de Estados Unidos escogió el foro del GATT y no los de la Oficina

Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) o de la UNCTAD, debido a que la posición que en ese momento adoptaron los países en vías de desarrollo en estos dos últimos foros era contraria al reforzamiento de los Derechos Intelectuales, y porque en los dos grandes tratados -el de París y el de Berna- no existen disposiciones que puedan obligar -real y efectivamente- a cumplir con los compromisos asumidos por los países en esta materia. En el GATT, por el contrario, el gobierno de los Estados Unidos encontró el instrumento *ad-hoc* para reforzar la protección de los Derechos Intelectuales en el mundo, pues se trata de un acuerdo más fluido para la adopción de nuevas decisiones, ya que no suele haber votación en bloque como en los anteriormente citados y, fundamentalmente, por contener un mecanismo más efectivo para resolver controversias, lo que resulta vital para aplicar sanciones económicas efectivas a los disidentes, al permitir, por ejemplo, la creación de controles fronterizos.

En síntesis, se escogió el GATT por los países desarrollados y por los Estados Unidos en especial, porque el objetivo era la eliminación de distorsiones en el comercio de bienes, tanto tangibles como ahora intangibles, causados por la falta de respeto a la Propiedad Intelectual, así como porque el GATT podía condensar aquellos principios fundamentales recogidos en los instrumentos internacionales y en las legislaciones más avanzadas y, al mismo tiempo, porque de esta manera sería más difícil, sino imposible, que en el futuro se redujeran los estándares de protección que se incorporaran; a lo que se sumaba la constitución de un mecanismo para la solución de conflictos bilaterales o multilaterales, que antes no existía.

Como a continuación veremos, el ADPIC representa, desde la perspectiva de los países desarrollados, no una solución perfecta o final, pero sí la adopción de principios generales que van más allá de las clásicas Convenciones de París y de Berna ("*conventions-plus*" approach), de estándares mínimos de protección jurídica y de disposiciones que

¹⁶ Ibid, págs. 40 y ss. Los países fueron Brasil, India, Indonesia, Corea del Sur, Malasia, México, Filipinas, Singapur, Taiwan y Tailandia.

¹⁷ Fundamentalmente las incorporadas en los Convenios de París y Berna, y en la propia legislación interna de los Estados Unidos.

¹⁸ Comisión de Comunidades Europeas: "Objetivos y líneas de actuación propuestas por la Comunidad Europea para las negociaciones comerciales relacionadas con los aspectos significativos de los Derechos de la Propiedad Intelectual", Documento 88/243, 1988, en Revista de Estudios Económicos No. 3, Madrid, 1989.

¹⁹ Las iniciativas y acuerdos bilaterales, ante la ausencia de un sistema multilateral, pueden significar barreras al comercio legítimo. Además pierden vigencia en el tiempo, pues generalmente contienen soluciones parciales.

²⁰ "Marco básico de las provisiones del GATT sobre propiedad intelectual" en Revista del Instituto de Estudios Económicos, Op.Cit.

hacen posible la aplicación efectiva de sus normas, sea en las Cortes de Justicia o en las aduanas²¹.

A título informativo, cabe recordar que la posición de los países en desarrollo en las negociaciones de la Ronda Uruguay²² tuvo escasa repercusión y poco éxito. Hay que decir, en primer término, que no se trató de una posición unitaria, pues dentro de los países así calificados había, en la práctica, grandes diferencias, algunas de las cuales -en ocasiones- sólo diferían en aspectos menores con los planteamientos de los países desarrollados²³. En segundo término, puede afirmarse que no todos los países en desarrollo aceptaron las justificaciones económicas, propuestas por los países ricos, sobre la protección de los Derechos Intelectuales, ni tampoco la tesis sobre la necesidad de un nuevo sistema internacional. Estas posiciones fueron especialmente claras en lo que se refiere al sistema de patentes, fundamentalmente en lo que se refiere a sus costos y beneficios. Argumentaron sin éxito, basados en una proposición de sustento "histórico", que no estaba probado que la fuerte protección a los Derechos Intelectuales influya en el desarrollo de las economías de libre mercado beneficiando a todos los países por igual, sin importar su grado de desarrollo²⁴. En general, los países en desarrollo no estaban preparados para esta Ronda de discusiones, como no lo estaba el Perú²⁵ y, salvo contadas excepciones, no tuvieron acceso a las reuniones importantes, las que, según el diplomático peruano Julio Muñoz²⁶ se caracterizaron por su intransparencia. A pesar de todo ello, algunos autores reconocen que determinadas disposiciones del ADPIC acusan la influencia de las posiciones de los países en vías de desarrollo²⁷, pero en el balance final la participación no fue -y no lo podía ser- influyente.

En síntesis, cuando los Estados Unidos, junto con otros países industrializados, escogieron el marco del GATT para incrementar la protección de la propiedad intelectual, fue claro que trataban de proteger principalmente sus propios intereses frente a los de los países menos desarrollados ("se trataba de proteger los acuerdos del primer mundo en el tercer mundo"), lo que dio lugar a un auténtico matrimonio de conveniencia en el que los países en desarrollo, al adherirse en forma masiva y aceptar dicha protección reforzada, buscaban obtener en contraprestación un conjunto de ventajas comerciales. A este respecto, Gómez Segade ha dicho: "el ADPIC ha producido un efecto señuelo para los países en vías de desarrollo y menos desarrollados, que se han adherido en forma masiva a la OMC. Siguiendo el refrán castellano habrá que decir que 'algo tiene el agua cuando la bendicen'; y efectivamente, el ADPIC tiene algo que atrae a estos países, que es la posibilidad de obtener ventajas comerciales y de beneficiarse de reducciones arancelarias. A cambio de esta expectativa de beneficio, han contraído compromisos para incrementar la protección de la propiedad intelectual, que difícilmente se adecúan a su estructura económica y que pueden ocasionarles perjuicios tales como una elevación del nivel de precios de los productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual. El efecto señuelo ha sido tan importante, que incluso se han adherido países en los que es irrelevante el nivel de protección de la propiedad intelectual, porque carecen de capacidad industrial suficiente para producir, aunque sea imitando, y por eso no inquietan a los titulares de derechos de propiedad intelectual. Podría afirmarse en este sentido que se ha ido más allá de los intereses de los países desarrollados, cuyos criterios se han impuesto mayoritariamente en el ADPIC."²⁸

²¹ Simon, Emery, "GATT and NAFTA provisions on Intellectual Property", *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 4, 1993, pág. 275

²² Kresalja, B., "El GATT y la propiedad intelectual" en *Análisis Internacional*, Nos. 6 y 7, CEPEL, Lima, 1994, pág. 101

²³ Kaplinsky, R., "Los derechos de Propiedad Industrial e Intelectual en la Ronda Uruguay y más allá de ella: Implicancias en la política de los países en desarrollo", *Junta del Acuerdo de Cartagena*, Lima, 1988, pág. 61

²⁴ Reichman, H., "Implications of the draft TRIP's agreement for developing countries as competitors in an integrated market", *UNCTAD Discussion Papers*, Ginebra, 1993.

²⁵ Muñoz, Julio, "El GATT y la Ronda Uruguay" en *Política Internacional*, Lima, Julio/Setiembre 1993, pág. 42

²⁶ *Ibid*, pág. 42

²⁷ A modo de ejemplo, ver Gómez Segade, *Op.Cit.*, pág. 59 sobre la falta de consenso en materia de normas *anti-trust*; y Botana, M., "Las normas sustantivas del ADPIC sobre derechos de propiedad intelectual" en *Actas de Derecho Industrial*, Tomo XVI, Madrid, 1994-1995, pág. 152, sobre la facultad que se da a los países para que fijen el nivel de claridad y suficiencia de la descripción de la invención.

²⁸ Gómez S., J., *Op.Cit.*, pág. 77. En igual sentido opinan otros autores, por ejemplo, Casado, A. y Cerro, B., *Op.Cit.*, pág. 144

4.2 Contenido

El ADPIC consta de 73 artículos divididos en siete partes. La parte I (artículos 1 al 8), que se titula "Disposiciones generales y principios básicos", se aplica a todas las modalidades de la propiedad intelectual. La parte II (artículos 9 al 40) se ocupa de las normas sustantivas que rigen cada una de las modalidades de la propiedad intelectual y constituyen el mínimo de protección que deberán garantizar todos los países; dichas modalidades son: Derechos de Autor y derechos conexos (artículos 9 al 14); marcas de fábrica o de comercio (artículos 15 al 21); indicaciones geográficas (artículos 22 al 24); dibujos y modelos industriales (artículos 25 y 26); patentes (artículos 27 al 34), que es el apartado que especialmente nos interesa; circuitos integrados (artículos 35 al 38); información no divulgada (artículo 39); y, prácticas anticompetitivas en contratos de licencia (artículo 40). La parte III (artículos 41 al 61) se refiere a los procedimientos administrativos y judiciales destinados a defender los derechos intelectuales. La parte IV (artículo 62) se refiere a aspectos procesales; la V (artículos 63 y 64) a la prevención y solución de diferencias entre los Estados sobre la aplicación y respeto del ADPIC, para evitar medidas unilaterales de represalia; la parte VI (artículos 65 al 67) trata de las disposiciones transitorias y la VII (artículos 68 al 73) de las institucionales y finales.

Ahora bien, para interpretar correctamente el ADPIC y sobre todo aquellas disposiciones que dejan abiertas para los países diversas opciones regulatorias, conviene detenerse en sus artículos 7 y 8, que reflejan el "paradigma" de la protección de la propiedad intelectual instrumentado en el ADPIC. A ese paradigma no sólo le interesan los derechos de un titular -que es lo que usualmente se afirma- sino que la protección que se le dispense esté sujeta a valores sociales más elevados, los que persiguen la obtención de un equilibrio con otros usuarios; es decir, se busca un balance entre la promoción de la innovación y la difusión del conocimiento, en beneficio tanto de productores como de usuarios de conocimientos tecnológicos, "de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones" (artículo 7). Y el artículo 8 completa los elementos del paradigma al permitir que los Estados, al formular sus leyes o reglamentos, puedan adoptar medidas necesarias para -restringiendo hasta ciertos límites y en ciertos casos denegando los derechos- proteger la

salud pública, la nutrición y otros intereses públicos, así como para prevenir el abuso de derechos de propiedad intelectual por parte de sus titulares, o de prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o la transferencia de tecnología.

Para comprender a cabalidad el ADPIC debe tenerse en cuenta que la naturaleza de las obligaciones que consagra se deberán ejecutar dentro del propio sistema y práctica jurídica de cada país miembro. Sin embargo, las características generales de aquéllas son, en primer término, que están dirigidas a los Estados y que las partes privadas no pueden directamente efectuar reclamos. En segundo término, y ello reviste singular importancia para nuestro tema, no se obliga a los países miembros a conceder protección más amplia que la prevista²⁹. Pero los países que así lo deseen pueden ampliarla mediante normas internas o compromisos asumidos con otros países. En tercer lugar, el ADPIC no permite la inaplicación de ninguna de sus normas, esto es, no podrán efectuarse reservas a ninguna de sus disposiciones sin el consentimiento de los demás miembros, que es lo que justamente garantiza un mínimo de protección en todo el mundo, lo que para algunos resulta imprescindible en las presentes circunstancias de globalización de la economía. Finalmente, a pesar de que -como veremos más adelante- se reconoce un gradualismo en su aplicación, hay ciertos principios que ya han comenzado a aplicarse para todos los países desde el 1 de enero de 1996, tales como los de trato nacional y nación más favorecida. Dice Gómez Segade: "mientras el principio de trato nacional prohíbe discriminaciones entre los propios nacionales y los nacionales de otros miembros, el principio de nación más favorecida prohíbe discriminaciones entre nacionales de otros miembros"³⁰. A este respecto cabe decir que en aplicación del principio de nación más favorecida, que se incluyó principalmente para poner fin a la práctica de la bilateralización fomentada especialmente por los EE.UU., las ventajas concedidas en tratados bilaterales tendrán que, salvo excepciones, extenderse a todos los miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), circunstancia que en ocasiones no se tiene en cuenta cuando aumentan unilateral, bilateral o multilateralmente los estándares establecidos en la Ronda Uruguay.

Ahora bien, el ADPIC no entró en vigencia íntegramente al momento de su firma, sino que lo hará de forma escalonada, dependiendo del nivel de desa-

²⁹ El ADPIC reconoce la validez y vigencia de los convenios tradicionales de París y Berna pero, como más adelante veremos, va más allá en los estándares mínimos de protección que esos instrumentos consignan.

³⁰ Gómez Segade, J., *Op.Cit.*, pág. 67

rollo de los países. Los países en desarrollo, como es el caso del Perú, disponen de un período total de cinco años, salvo como hemos dicho en cuanto a las obligaciones relativas al trato nacional y al de la nación más favorecida que ya han entrado en vigencia; esto es, el ADPIC entrará en vigencia para ese conjunto de naciones el 1 de enero del año 2000. Esos plazos de transición son automáticos, pues no necesitan de declaración o notificación. Así, pues, no existe obligación para aplicar el ADPIC antes del plazo previsto; si un país en desarrollo desea anticipar su observancia, ello no significará que ha entrado en vigor³¹. Pero lo que no podrá hacer es reducir o disminuir el grado de protección con relación a las disposiciones del ADPIC (artículo 65.5).

La sección referente a Patentes (artículos 27 a 34) es la más elaborada y la que comporta las obligaciones más precisas para los Estados miembros, habiendo constituido una de las más debatidas. Tiene como fuentes a las disposiciones pertinentes del Convenio de París -cuya vigencia reconoce- y las leyes de los países más desarrollados, en especial de los Estados Unidos. En muchos casos repite las estipulaciones sobre patentes que están contenidas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), en vigencia desde 1994 entre Canadá, EE.UU. y México.

Uno de los puntos más significativos constituye la extensión de la protección mediante patentes a todas las invenciones, de producto o de procedimiento, pertenecientes a todos los sectores de la tecnología (artículo 27.1). De esta manera se cumplió con una de las exigencias de los países industrializados, cual era la extensión de la patentabilidad a los productos farmacéuticos, tan cuestionada en su momento en América Latina y, en especial, en Argentina. Lo que no se logró en el ADPIC fue introducir una disposición sobre "pipeline" por la que abogaban las empre-

sas farmacéuticas multinacionales, como sí lo había hecho ya el NAFTA en su artículo 1709.4³². Esta circunstancia, sin embargo, no significa que no continúen en sus esfuerzos para que se introduzca en la legislación interna de los países -como ha sucedido recientemente en el Brasil- elevándose de esta forma y a su favor el estándar mínimo establecido en el ADPIC.

Ahora bien, el efecto armonizador a que aspiran las disposiciones del ADPIC se verá probablemente retardado por las "excepciones" y "salvedades" que el mismo Acuerdo contiene, y que es lo que origina presiones para "superarlas" mediante acuerdos bilaterales o regionales. Así, los artículos 27.2 y 27.3 establecen excepciones a la patentabilidad que todo país puede establecer en su legislación interna, por ejemplo, para proteger el orden público, la moralidad, o la salud, etc. Por cierto, para que se produzca la exclusión debe constituir una medida "necesaria" para asegurar el orden público, la moralidad, etc., por lo que no puede basarse en la mera circunstancia de estar prohibida la explotación de la invención por la legislación nacional. Obviamente que estos conceptos indeterminados pueden dar lugar a importantes conflictos de interés.

El Artículo 27.3 permite la exclusión, por ejemplo, de materias tales como los métodos de diagnóstico para el tratamiento de personas y animales, así como los procedimientos biológicos para la producción de plantas o animales, excepto los microorganismos, entre otros. Aquí ingresamos al terreno de la biotecnología, de rápido crecimiento, significativa importancia económica e impacto social. La biotecnología³³ resulta fundamental en áreas como las de productos farmacéuticos, alimentarios, agrícolas, etc. Como veremos más adelante (infra 5), estas posibles limitaciones al patentamiento en el área de la biotecnología han sido y son atacadas

³¹ Además, estipula un período adicional de cinco años -hasta el 2005- para los países en desarrollo que estén obligados a introducir la protección de patentes de productos en áreas de tecnología que no contaban con tal protección en su territorio en 1995; por ejemplo, para aquellos países que no otorgaban protección en el área farmacéutica. No es el caso del Perú, ni de los países miembros de la Comunidad Andina.

³² El "pipeline" es una solución por la cual la protección de la patente debe ser conferida retroactivamente por aquellos países que no la reconocían, por el plazo que resta, siempre que los productos patentados no hayan sido aún comercializados.

³³ Por biotecnología se entiende el uso que el hombre haga de materia viva (animales, plantas, microorganismos y partes o elementos de ellos) para la obtención de resultados en distintos campos de la producción con fines utilitarios. La denominada "nueva" biotecnología, en contraste con la "tradicional" aplicada a la producción de queso, pan, cerveza, vino, etc., incluye técnicas perfeccionadas para realizar mejoras de plantas, crianza de animales y de uso de microorganismos (es decir, nuevas técnicas aplicables a la biotecnología clásica), así como técnicas nuevas que se orientan hacia de biología molecular e inciden en la modificación del material genético celular. Entre estas últimas, cabe mencionar el cultivo de tejidos *in vitro*, la inseminación artificial, el trasplante de embriones, etc., así como la bioconversión o tratamiento de materiales usando microorganismos, etc. Las nuevas técnicas "revolucionarias" incluyen algunas como la del ADN recombinante que permite transplantar genes de una célula a otra, la fusión de protoplastos que permite obtener híbridos de plantas fusionando sus células, entre otras más, que se conocen con el nombre de "ingeniería genética". Vid. "Cuestiones relativas al patentamiento de las invenciones biotecnológicas", OMPI/BIOT/LP2/96/1, 1996.

con dureza por las empresas transnacionales involucradas y los gobiernos de los países ricos, que presionan para su eliminación en las legislaciones internas de los países, legislación ésta que según aquellos debe seguir y emparejarse con las modificaciones que en ella se producen en los países desarrollados.

Por cierto que el tema de la biotecnología plantea un conjunto de consideraciones técnicamente novedosas, y de innegable contenido ético, que hacen su tratamiento difícil, para no mencionar su vinculación con la biodiversidad, cuya riqueza se encuentra en gran medida depositada en el trópico, territorio de los pobres³⁴. El dilema está planteado, como ha sido siempre en la historia del sistema de patentes, entre los afanes de quienes quieren patentarlo todo y la necesidad de atender a otros intereses, que denominaremos sociales.

Otra de las materias a considerar especialmente en el área de las patentes es la de "no discriminación" (artículo 27.1), en virtud de la cual las patentes se podrán obtener y los derechos que confieren se podrán gozar sin importar el lugar de la invención, el campo de la tecnología, o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país. Con ello han quedado muy debilitadas aquellas posiciones favorables -apoyadas en muchos casos por los países en desarrollo- a la imposición de restricciones en la concesión de patentes, según cuál sea el lugar de la invención o de la producción³⁵. La solución incorporada en el ADPIC por este artículo, si bien es consistente con los patrones de internacionalización de la producción y del comercio que realizan las empresas multinacionales, sin duda que diluye hasta hacerla desaparecer la obligación de explotar (no de importar) la patente en el país o la región que la concede, que fuera uno de los pilares tradicionales del sistema de patentes (supra 3), y que históricamente fue uno de los argumentos para justificar la concesión de las mismas en los países en desarrollo, en el entendido que así se creaba una vía para la promoción de las inversiones y la transferencia de tecnología.

En el ámbito de los derechos exclusivos conferidos al titular de una patente (artículo 28) destaca la faceta del *ius prohibendi*, que incluye las tradicionales de impedir que terceros realicen actos de fabricación, venta, etc., sin su consentimiento, y que agrega el de tener la exclusiva de la importación; asunto cuestionado durante mucho tiempo pero hoy consolidado. Debe hacerse notar que se trata de contenidos mínimos que todo país miembro debe respetar y aplicar.

Otras disposiciones sustantivas, como las conferidas a licencias obligatorias (artículo 31) y a la carga de la prueba en las infracciones de patentes de procedimientos (artículo 34) siguen la tónica general de fortalecimiento de los derechos de los titulares, vigentes ya con anterioridad en muchas legislaciones nacionales, en especial las de los países desarrollados. En cuanto a la duración, la aceptación de un plazo mínimo de 20 años (artículo 33) contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud de la patente tendrá sin duda un efecto armonizador³⁶; y si bien los países no tienen obligación de extender el plazo más allá de ese mínimo, gozan de libertad para hacerlo. Se critica el plazo uniforme introducido por el ADPIC frente a la flexibilidad que en este punto tiene el Convenio de París. Algunas de las críticas surgen del lado de los países en vías de desarrollo, quienes señalan que el plazo resulta excesivo en algunas áreas por la creciente obsolescencia tecnológica, lo que afecta a los países más pobres, y también porque el fortalecimiento obtenido por los titulares de patentes les asegura un ingreso a los mercados globalizados³⁷. De parte de los países desarrollados, como veremos en el próximo subtítulo, se critica también la falta de flexibilidad porque hoy se busca en algunas áreas una mayor velocidad en la expedición de los títulos, no importando frente a ello que el plazo se reduzca.

En lo que se refiere a normas no sustantivas, como hemos dicho antes, el ADPIC representa un avance considerable al consignar algunas que permiten dar efectividad y hacer respetar los derechos de propiedad intelectual (artículos 41 al 61). De esa manera, se consignan los requisitos generales que deben cum-

³⁴ Sobre esta materia ver, entre otros, Caillaux Z., J., "Propiedad intelectual, diversidad biológica y conocimientos tradicionales" en "Revista del Derecho Industrial", Buenos Aires, 1997; Salazar, S., "Propiedad intelectual y acceso a la diversidad biológica", en "Los retos de la propiedad industrial en el Siglo XXI", INDECOPI, Lima, 1996; y, UNEP, "The convention on biological diversity and the agreement on trade-related intellectual property rights (TRIPS): relationships and synergies", UNEP/CBD/COD/3/23

³⁵ Botana, M., Op.Cit., pág. 145

³⁶ Este es el plazo consignado tanto en el artículo 30 de la Decisión 344 como en el artículo 60 del Decreto Legislativo 823

³⁷ Dhar, B. y Rao, N., "La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio" en "Temas de Derecho Industrial y de la Competencia", No. 1, Buenos Aires, 1997, pág. 158

plir todos los procedimientos administrativos o judiciales, disposiciones sobre medidas cautelares, sanciones, destrucción de mercancías infractoras, medidas de frontera para combatir la piratería, trámites y plazos razonables, revisión judicial (artículo 62), etc. En síntesis, se han incluido, por primera vez en un convenio de esta naturaleza, normas destinadas a la protección de los derechos intelectuales, las que en el futuro no se podrán cuestionar nacionalmente, lo que representa una conquista de los países desarrollados.

Una novedad ha sido la introducción en el ADPIC de disposiciones referentes a prácticas anticompetitivas por parte del titular de la patente. De esta forma la mayor protección otorgada a los titulares va acompañada de un mecanismo que busca evitar los abusos en el ejercicio de sus derechos, y otras prácticas que constituyan un impedimento al comercio legítimo. Se trata de normas inspiradas en la tradición jurídica anglosajona, así como en la idea de que las distorsiones del comercio pueden surgir no sólo de una inadecuada, sino también de una "excesiva" protección. "De hecho -dice Correa- la concesión de derechos exclusivos constituye un apartamiento del régimen de libre competencia, que puede tener efectos adversos sobre el acceso a la tecnología, los niveles de precios de los productos protegidos o el avance tecnológico, y constituirse en una barrera al comercio. Una vasta jurisprudencia y diversas reglamentaciones existentes en los países industrializados, definen abusos de los derechos de propiedad intelectual que son penalizables bajo las leyes antimonopolio o las propias leyes de propiedad intelectual"³⁸. Las normas *antitrust* del ADPIC no son muy numerosas, pues se limitan a los Artículos 31 y 40. Sobre su propósito se presentan discrepancias: para los países desarrollados están orientadas al logro de eficiencia económica, mientras que para los países en vías de desarrollo se conciben como un medio para combatir el poder y la exclusión de los débiles por los más fuertes.

No existe duda de la interdependencia entre propiedad intelectual y competencia económica; esta última requiere de la existencia de un sistema moderno y eficaz de protección de la primera, y dicho sistema depende asimismo de una eficiente observancia de políticas que aseguren tanto un clima adecuado de competencia comercial como de un control de los abusos de los derechos de propiedad intelectual. Esta materia ya no es sólo de interés nacional, sino que ha adquirido dimensión internacional, particularmente por el fenómeno de la globalización de los

mercados y la tendencia hacia una mayor armonización normativa. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que las normas sobre competencia inician su internacionalización con el ADPIC.

Ahora bien, el ADPIC ha sido avaro en este tema, pues sólo ha consignado como prácticas anticompetitivas las provenientes de los contratos de licencia, a diferencia de lo consignado en las leyes de los países más desarrollados, así como en la jurisprudencia de sus tribunales. Lo que penaliza es la incorporación en un contrato de licencia de cláusulas que restrinjan, limiten o excluyan la competencia, dejando en libertad a cada país para que incluya en su legislación otros supuestos de abuso que considere tengan un efecto negativo sobre la competencia. El ADPIC adopta un "test de competencia" en su artículo 40.2 para evaluar los efectos de una práctica en un caso particular, rechazando el consignar prácticas específicas. En general, en el tema de las prácticas anticompetitivas ha habido sólo un limitado consenso, lo que puede dar lugar a futuras discusiones entre los países.

Uno de los temas de fondo sobre los que no hubo consenso en la Ronda Uruguay, y sobre el que no dice nada el ADPIC, siendo como es un tema de actualidad, es el correspondiente al agotamiento del derecho de patente, íntimamente vinculado al Derecho de la Competencia y a la Propiedad Intelectual. Su importancia reside, adicionalmente, en su vinculación con el principio de libre circulación de mercancías, que constituye uno de los sustentos de los procesos de integración económica. La teoría del agotamiento persigue definir los límites del derecho exclusivo conferido por una patente, es decir, traza una frontera entre el monopolio legal del inventor y la libertad de comercio garantizada en función del interés público, al estipular que todo objeto colocado en el comercio escapa a partir de ese momento del derecho exclusivo del titular, que no puede pretender así controlar todo el proceso de comercialización. Es todo el tema de las denominadas ventas o importaciones "paralelas".

El ADPIC reconoce en su artículo 6 la libertad del legislador nacional para tratar este tema, respetando obviamente los límites de los principios de trato nacional y de nación más favorecida a los que no hemos referido antes. Para los titulares de las patentes el agotamiento internacional no resulta satisfactorio, pues limita sus beneficios, y también porque dificulta la creación de redes de distribución exclu-

³⁸ Correa, C., Op.Cit., pág. 25.

siva con restricciones territoriales de reparto de mercado, que es lo que persiguen muchas de las empresas multinacionales. A este respecto, hay que recordar que las importaciones paralelas sólo tienen lugar cuando el precio en el mercado de exportación es mucho más bajo que en el mercado de importación, ofreciéndose los productos a precios inferiores a los consignados por la red "oficial" de distribución instaurada por el titular del derecho.

Algunos señalan que el reconocimiento del principio de agotamiento internacional es consecuencia de la globalización de la economía y que favorece la competitividad de empresas locales, que estarían en desventaja, al igual que los consumidores, si se ven obligados a comprar exclusivamente a distribuidores que aplican precios más altos. Esta es la razón, por ejemplo, para que al interior de la Unión Europea se acepte la tesis del agotamiento de derechos. De otro lado, se encuentran los que creen que la autorización de importaciones paralelas reduce y hasta anula el valor de la patente, fundamentalmente los defensores de la industria farmacéutica multinacional, quienes afirman que prácticamente en todo el mundo los medicamentos están sujetos a regulaciones y subsidios, lo que hace variar grandemente los precios de un país a otro, y no como resultado de la libre competencia. Se trata de un tema controvertido y polémico.

4.3 Conclusión

Si bien el debate actual es menos intenso que el que dio lugar a la aprobación del ADPIC, ello no significa que haya terminado. Algunos países en desarrollo consideran que el ADPIC no ayudará a crear un clima conducente al crecimiento, ni a una competencia dinámica en la adquisición y desarrollo de tecnologías, sino que conducirá al reforzamiento de la protección de los titulares en forma extrema, lo que dará lugar a aumentos de precios y a un crecimiento limitado, debido, en buena medida, a que los países en desarrollo no generan tecnología; se trata, sostienen otros, de un instrumento para el control del mercado tecnológico, lo que hará imposible reducir la brecha entre los punteros y los rezagados en la carrera tecnológica, de donde surgi-

rá un patrón 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 norte³⁹.

Pero desde una perspectiva más amplia, tal como lo recuerdan Remiche y Desterbecq⁴⁰, a los derechos de propiedad intelectual se les dio escasa importancia hasta que los grandes y relativamente recientes cambios económicos y tecnológicos despertaron el interés de los países desarrollados, pasando de una situación en los que eran sólo tolerados como monopolios nacionales privados, a su percepción hoy como garantes del comercio internacional. Por cierto que no carece de ironía que la liberalización del comercio internacional sea ahora perseguida a través del crecimiento global del monopolio sobre el más importante factor de producción en el futuro: el conocimiento.

En verdad, el ADPIC no ha hecho sino reconocer que el factor conocimiento será el determinante en las transacciones internacionales del futuro; desde esta perspectiva serán los países y las empresas que producen y controlan los avances tecnológicos los que se verán comercialmente beneficiados. Creen por tanto que para adquirir y asegurar una posición competitiva -que estará condicionada por el grado de desarrollo tecnológico- será necesario proteger y crear derechos monopólicos sobre innovaciones, mediante un sistema internacional que regule los antiguos y nuevos derechos y que paulatinamente sustituya a las prácticas todavía vigentes basadas en la jurisdicción nacional⁴¹. De esta forma, las nuevas tecnologías que ocupan un lugar central en nuestros días, tanto en el área de la producción como en la del comercio, han convertido en parcialmente irrelevante a la teoría convencional del comercio, pues las ventajas comparativas y la pujanza competitiva ya no dependen exclusivamente de los recursos naturales, de los costos salariales o de las ventajas de determinadas localizaciones, sino principalmente de la capacidad de cada individuo para innovar, adaptar, imitar o mejorar la tecnología⁴².

Ahora bien, la circunstancia, quizás inevitable, de aceptar que el grado de protección a las innovacio-

³⁹ Dhar, B. y Rao, N., Op.Cit., pág. 145

⁴⁰ Remiche, B. y Desterbecq, H., "Las patentes farmacéuticas en los Acuerdos del GATT" en "Temas de Derecho Industrial y de la Competencia", Op.Cit., pág. 284

⁴¹ Kresalja, B., "El GATT y la propiedad intelectual", Op.Cit., pág. 89

⁴² Khan, K., Op.Cit., pág. 64

nes tecnológicas estará determinado internacionalmente, y no nacionalmente como solía ser⁴³, no puede llevarnos a creer que la aplicación de un acuerdo de la importancia y envergadura del ADPIC estará exenta de obstáculos, más aún cuando a pesar de la armonización que ya ha logrado, permite aún a los Estados legislar libremente sobre importantes aspectos, lo que no es necesariamente bien visto por las empresas transnacionales y los gobiernos de los países desarrollados.

En este contexto, resulta indispensable recordar que durante los últimos años la mayoría de los países latinoamericanos, y entre ellos los andinos y el Perú, han reformado su legislación en materia de propiedad intelectual y de patentes, mediante la ampliación de la protección a nuevos campos, como los productos farmacéuticos o los programas de computación, así como han fortalecido los derechos exclusivos y los medios disponibles para su efectiva protección. Una característica de este proceso de reforma ha sido su considerable rapidez y la influencia directa que en él han tenido los países industrializados. Aún así, estos países quieren ver reforzada, consolidada y ampliada esa protección, inclusive antes de la entrada en vigencia del ADPIC. Por cierto que los procesos de liberalización económica han potenciado la armonización de las legislaciones, pero ello no puede ocultar el debate en torno al "grado" de poder monopólico que se confiere al titular de la patente, poder que se encuentra relacionado con factores tales como el tamaño del mercado, la existencia de una industria local, facilidades para la investigación y otras más. En resumen, a pesar de los grandes esfuerzos de armonización, los debates continúan y no todas las partes involucradas se encuentran satisfechas, como podremos apreciar en el siguiente acápite.

5. ¿HACIA UN NUEVO SISTEMA?

La incorporación en el ADPIC de la gran mayoría de los estándares jurídicos exigidos por los países desarrollados y por las empresas transnacionales, lo que les representó una incontestable victoria en el ámbito internacional, no ha logrado unanimidad en ellos -contra lo que podría creerse- sobre lo que debería hacerse en el futuro para la mejor protección de los derechos intelectuales.

En efecto, en los países desarrollados han surgido voces, algunas de las cuales se habían ya manifestado durante las discusiones en la Ronda Uruguay, que afirman que el actual sistema de protección de los derechos intelectuales y de las patentes en particular, cuyos fundamentos se establecieron a fines del siglo pasado, no puede cumplir con las necesidades económicas y tecnológicas del momento presente; en otras palabras, que el sistema vigente, cuya manifestación máxima y novísima es el ADPIC, resultará inefectivo e impracticable⁴⁴. Y, si bien los principios del fomento a la creatividad y a la inventiva, así como de la divulgación del conocimiento, siguen incólumes, su manifestación normativa debe ser radicalmente modificada.

Esas críticas consideran que algunas de las limitaciones que presenta el actual sistema de patentes son, en primer término, que fue diseñado fundamentalmente para una industria vinculada a materias primas, particularmente petróleo, productos químicos y acero, cuyos productos resultantes son, entre otros, materiales de construcción, maquinaria, equipo ferroviario, etc., industria cuyo éxito se medía por su proximidad o acceso a las mencionadas materias primas, así como por su disponibilidad de capital. En nuestros días, señalan, las materias primas pueden ser adquiridas y transportadas con relativa facilidad desde cualquier parte del mundo y no existe mayor problema para el acceso al capital⁴⁵. Afirman con particular énfasis que en la actualidad el conocimiento es la única fuente que en el largo plazo puede dar ventajas competitivas, más aún cuando diariamente se constata que las nuevas tecnologías surgen y cambian tan velozmente. Bajo estas circunstancias, concluyen, la propiedad intelectual y las patentes se han convertido en un componente crítico del éxito o derrota de las compañías modernas.

En realidad, muchos cambios radicales se han producido durante los últimos años. Las compañías de mayor crecimiento operan en los terrenos de la microelectrónica, la biotecnología y las telecomunicaciones, y con frecuencia lo hacen a pequeña escala y con pocos empleados en el área de la producción. Compañías de gran importancia, como Microsoft, tienen como activo principal el conocimiento⁴⁶.

⁴³ Dice Reidenberg, J., "Trade, TRIPS and NAFTA", *Fordham Intellectual Property, Media & Ent. Law Journal*, Vol. 4, 171, 1993, pág. 298: "... The disputes over standards (of protection) now take place in the trade arena rather than in domestic courts".

⁴⁴ Thurow, L., "Needed: A new system of intellectual property rights" en *Harvard Business Review*, Set-Oct, 1997

⁴⁵ *Ibid*, pág. 96

⁴⁶ *Ibid*

Como consecuencia de ello, la defensa y el mayor ámbito de protección que pueda dar la propiedad intelectual a las nuevas tecnologías son los naipes de triunfo en el futuro juego económico. Como es natural, la necesidad de un sistema que pueda diferenciar mejor que el actual sobre quién es dueño de qué, que brinde mejor y más efectiva protección, y sistemas rápidos de resolución de conflictos son aspiraciones ampliamente compartidas. Como bien dice el ya antes citado Lester Thurow, refiriéndose a Bill Gates: *"for the first time in history, the world's wealthiest person is a knowledge worker"*. Las paradigmáticas cualidades de los hacedores de grandes fortunas en los campos petroleros, publicitadas por la industria cinematográfica de Hollywood, cuyo mejor ejemplo puede haber sido el personaje interpretado por James Dean en la película "Gigante", esto es, una adecuada combinación de suerte y músculos, ha desaparecido, para dar su lugar a las supercomputadoras, verdaderos instrumentos del éxito, que son las que hacen posible el uso de tecnologías tales como la de perforación horizontal o la realizada a grandes distancias de la costa⁴⁷.

A estas consideraciones debe sumarse otra, que suele pasar desapercibida. En los países desarrollados, y en especial en los Estados Unidos, la información y el conocimiento han sido distribuidos en forma generosa y barata después de la II Guerra Mundial, en parte como consecuencia de que eran los gobiernos quienes pagaban o subvencionaban la investigación científica básica. Esto ha comenzado a cambiar. La "arrogancia" norteamericana se ha visto afectada por la amplitud y facilidad para copiar nuevas tecnologías y con el desarrollo de naciones que, utilizando dicha fórmula, han cuestionado parcialmente su tradicional liderazgo tecnológico. Por ello, existe una tendencia muy radical para incrementar la protección jurídica de las nuevas tecnologías, así como para protegerla por los más diversos medios. En esta línea, el mencionado Thurow, profesor del célebre Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), llama la atención sobre la intervención de algunos representantes del congreso de los Estados Unidos que han pedido que no se permita el ingreso a los estudiantes extranjeros a los laboratorios de sus universidades, como una medida para detener que las tecnologías creadas por los impuestos de los ciudadanos norteamericanos fluyan fuera de su territorio.

La disminución considerable, por parte del gobierno norteamericano, de sus inversiones en investigación y desarrollo, hará que los nuevos conocimientos y tecnologías ya no se encuentren disponibles para todos en la misma proporción que antes, sino cada vez en mayor medida deberán ser pagadas a compañías privadas para poder acceder a ellas; lógicamente, para hacer posible y rentable este objetivo, será necesario crear un sistema más fuerte de protección a la propiedad intelectual, pues de no ser así las compañías mantendrán sus conocimientos en secreto, lo que socialmente puede significar un mayor costo que el incremento y diversificación de la protección jurídica a las nuevas tecnologías.

De otro lado, las respuestas a qué es lo que debe ser patentable son diferentes a las tradicionales. Como la distinción entre investigación básica y tecnológica es cada vez más tenue y en algunos casos imposible de hacer, resulta ahora muy importante distinguir entre aportes tecnológicos fundamentales y los desarrollos lógicos de lo que ya se conoce, otorgando diferentes clases de protección, o sea de patentes, a cada uno de ellos. En algunos medios tecnológicamente avanzados puede resultar relativamente fácil prever o adivinar futuros desarrollos y presentar patentes para inventos que no han sido en verdad aún inventados, dado que las nuevas tecnologías son mucho más difíciles de proteger que las antiguas. La utilización, por ejemplo, de la electrónica vinculándola a publicaciones y bibliotecas, que permiten una rápida y barata reproducción de muchos volúmenes, evapora las teóricas ventajas del sistema de Derecho de Autor, lo que resulta aplicable no sólo a los libros sino en general a todos los sistemas de información y de almacenamiento de datos. La piratería del *software* adquiere proporciones inmensas, llegando en algunos países como Tailandia a estimarse en 97%, y en el propio Estados Unidos en 40%, de todo el *software* usado. Resolver problemas de esta naturaleza excede con largueza a las posibilidades de los sistemas judiciales tradicionales.

De otro lado, y a pesar de la idealización que sobre ello se hace con frecuencia en nuestro medio en estos días de neoliberalismo, la competencia económica ha sido y sigue siendo una batalla diaria en la que casi todo vale. Y, aunque suene herético, en el terreno del conocimiento la copia y adaptación significan la vía natural para que las naciones pobres alcancen a las desarrolladas⁴⁸. Ello se complica si

⁴⁷ Ibid

⁴⁸ Dice L. Thurow: *"Yet copying to catch up is the only way to catch up. Every country that has caught up has done it by copying. Third World countries know that unless they can acquire the necessary knowledge, they will never make it into the First World. They cannot afford to buy what they need - even if those who have the knowledge were willing to sell, and they are not. So they have to copy."*, Ibid, pág. 100

tenemos presente que no todos los países tienen la misma concepción sobre los objetivos que deben cumplir los derechos intelectuales, pues hay culturas que -a diferencia de la Occidental- consideran que los conocimientos deben pasar a la mayor brevedad al dominio público, sin plantearse la relación causa-efecto entre protección jurídica e incremento de conocimientos. Así pues, la creación de un nuevo sistema globalizado sólo es posible si existe una extendida aceptación entre las naciones sobre sus características básicas, a pesar de las diferencias que puedan presentarse sobre lo que debe protegerse y cómo hacerlo.

Las bases para un nuevo sistema parten del reconocimiento generalizado de que el actual sistema de patentes es demasiado lento y costoso, inadecuado para la protección de las nuevas tecnologías, e inconsistente en muchos aspectos. Es lento porque en los países desarrollados existe una demora que se estima en Europa entre 4 y 5 años, en Japón de 5 años y en Estados Unidos de casi 2 años entre la presentación de la solicitud y el otorgamiento de la patente; razón por la que la protección es baja durante ese período. De otro lado, obtener y mantener una patente representa un costo anual estimado de US\$ 10,000 en Japón y Australia, de US\$ 18,000 en Brasil y de US\$ 8,000 en Argentina y Estados Unidos; como consecuencia, sólo unos pocos pueden afrontarlo. Otro aspecto de singular importancia es el plazo uniforme de 20 años de protección que el ADPIC ha incorporado, y que no corresponde al tiempo de vida tecnológico de productos en distintas áreas; así, por ejemplo, en computación el ciclo dura entre 3 y 5 años; en *software* de 4 a 5 años; en electrónica de 5 a 6 años; en metalurgia de 12 a 15 años; y en productos farmacéuticos de 15 a 20 años⁴⁹. Tan grandes diferencias representan un enorme costo social frente a un título con 20 años de duración uniforme.

Basados en el convencimiento de que el libre uso del conocimiento deriva en débiles incentivos para la creación, algunos proponen que el nuevo sistema debe efectuar un balance o línea divisoria entre los incentivos a la producción y la distribución de nuevas ideas. Ello significa, de un lado, frente a la disminución del rol público en el financiamiento de la investigación científica y tecnológica, incrementar la protección jurídica a fin de que existan los incentivos financieros suficientes para enfrentar los costos y riesgos que significa el desarrollo de nue-

vos conocimientos; si los gobiernos pueden darse el "lujo" de perder millones en una investigación infructuosa, ello ocurre en mucho menor medida, arguyen, en las compañías privadas. Por cierto que ello no significa desconocer que el uso extensivo y rápido de las nuevas ideas significará un gran beneficio social. Por tanto, para resolver este conflicto de objetivos entre la mayor producción tecnológica versus una más rápida distribución del conocimiento, debe determinarse cuáles son los adecuados incentivos económicos para el desarrollo de cada sector industrial, lo que representa una decisión de carácter socioeconómico que debe reflejarse en la legislación, no dando tanta importancia al problema de la distribución de conocimiento, puesto que las ofertas tecnológicas son cada vez mayores, lo que impide a sus titulares aumentar precios arbitrariamente, pues los consumidores tienen muchas alternativas para escoger.

Una segunda característica, indican sus promotores, se encuentra en el reconocimiento de que las leyes en el ámbito de la propiedad intelectual y de las patentes en especial deben poder ser efectivamente cumplidas. Dice a este respecto Thurow: "... *If someone cannot think of how a legal right can be enforced, it should not be a legal right*"⁵⁰. Finalmente, el nuevo sistema debe permitir resolver las disputas en forma rápida, barata y eficiente. En materia de invenciones debe estudiarse la posibilidad, dicen, que al igual de lo que sucede con el impuesto a la renta los interesados paguen las tasas de acuerdo a sus ingresos, con el objeto de que existan diferencias entre una gran corporación transnacional y un inventor individual. Algunos llegan a decir que para el logro de estos objetivos pueden inclusive "privatizarse" las oficinas nacionales de patentes para aumentar su eficiencia con personal más capacitado, ya que no puede olvidarse que la vida útil tecnológica es cada vez menor, por lo que resulta indispensable un reconocimiento rápido de los derechos.

Por último, el nuevo sistema debería incorporar en su funcionamiento algunas de las posibilidades que la nueva tecnología proporciona, tales como la búsqueda automatizada de anterioridades, procedimiento electrónico de solicitudes, y creación de patentes regionales o internacionales, frente al convencimiento de que muchas de las oficinas nacionales están incapacitadas para cumplir a cabalidad con su misión, por falta de información y de presupuesto para emplear a examinadores que puedan

⁴⁹ Ludwig, P.; Ryan, Ch. y Jain, N., "Adapting patent protection systems for the 21st Century", ASIPI, Santiago de Chile, 1997

⁵⁰ Ibid, pág. 102

efectivamente participar en los procedimientos de observación u oposición que paulatinamente tendrán cada vez más alcance internacional. Vemos, pues, que en este futuro sistema pierden actualidad las discusiones tradicionales sobre la explotación nacional del invento, la novedad nacional y, en menor medida, acerca del agotamiento internacional de los derechos de los titulares de patentes.

6. FINALMENTE

Sólo unos pocos países en América Latina, mas no el Perú, han dado a la educación y a la investigación la importancia que efectivamente tienen; por ello, en el corto plazo la mayoría de los países de la región no variarán su actual posición de marginalidad en lo económico y de dependencia en lo tecnológico. Si a ello se suma la falta de cohesión interna y de solidaridad, que caracteriza a otros, la capacidad negociadora frente a los países desarrollados será muy escasa, más aún en el caso de países individualmente considerados. Por ello es que deben privilegiarse los acuerdos regionales y las vías multilaterales versus el limitado camino del bilateralismo, que es finalmente la lucha por un orden internacional más justo. Lo que deben buscar nuestros países, más que la "reciprocidad bilateral" exigida por los países desarrollados, es la "reciprocidad global" fruto del multilateralismo. Sólo así, por ejemplo, tienen sentido las discusiones de cuestiones tales como las correspondientes a los derechos laborales y los aspectos ambientales. Ello no será, por cierto, tarea fácil, pues existe la extendida sensación que "el concepto de un nuevo orden económico ha sido formalmente repudiado por el norte y abandonado resignadamente por el sur"⁵¹. En el ámbito de los derechos intelectuales la batalla continuará entre los defensores de que el conocimiento se expanda libremente versus los que quieren privilegiar su carácter privado. A los países que desean salir de la pobreza los beneficia la primera opción, para poder promocionar la inventiva local. No puede, además, desconocerse la vigilante intervención que hacen los gobiernos de los países desarrollados en materia tecnológica, para evitar que ésta fluya hacia donde no les conviene económica o políticamente.

Parece claro que el futuro sistema de patentes no será igual para todo tipo de conocimientos ni para todo tipo de invenciones. Algunas tecnologías, como la vinculada a la electrónica, buscarán un

sistema más rápido que el actual, aunque el plazo de protección sea menor, por la circunstancia de que la mayor parte de sus ingresos se originan inmediatamente después que los nuevos conocimientos o inventos han sido desarrollados. Plazos más extensos necesitará probablemente la industria farmacéutica, pues para la comercialización de sus productos son necesarios períodos de prueba con el objeto de saber si las nuevas fórmulas tienen efectos adversos. La oferta jurídica de protección podrá y deberá ser variada para que los interesados puedan escoger de acuerdo a costos, velocidad en otorgamiento de los títulos y parámetros para la solución de controversias. Por cierto que habrá que batallar para que el nuevo sistema de patentes refleje las necesidades de los países en desarrollo, pero también deberá hacerlo con aquellas de los países desarrollados. Desde esa perspectiva no puede dejarse de lado la posibilidad de que se determine internacionalmente algunos de los precios que deben pagarse por determinadas tecnologías, sobre todo aquellas que se encuentran ligadas a las necesidades humanas básicas⁵². El actual sistema unidimensional, sin duda, deberá ser cambiado a uno más diferenciado.

Otros aspectos deberán también ser considerados, como por ejemplo aquellos que pueden dar lugar a la protección de invenciones, no referentes a tecnología avanzada, pero que pueden mejorar la situación competitiva de las empresas de los países en vías de desarrollo. Algunos intentos ya se han realizado en esta área para proteger las llamadas pequeñas invenciones, sea a través de modelos de utilidad reformados, patentes de segunda categoría (*petty patents*), certificados de utilidad (*certificat d'utilité*), patentes de corta duración (*short-term patents*) u otros que, con independencia del *nomen iuris* utilizado, permitan conceder títulos de una manera más sencilla, rápida y económica que las patentes ordinarias; todo ello bajo el supuesto de que el sistema de patentes, tal como está hoy diseñado, no protege suficientemente a la inventiva resultante de los países pobres, pues tal como irrefutablemente lo demuestran las estadísticas, sus inventores o compañías pueden sólo en escasísimas ocasiones acceder a una patente de nivel internacional.

De otro lado, debe reconocerse que las oficinas de patentes de los países latinoamericanos adolecen de muchísimas limitaciones y que el Estado, al igual que en los casos de la educación y la investigación,

⁵¹ Alzamora, C., "El combate por el desarrollo y la justicia" en "Carlos Bedoya. Una visión de los años 90", Mosca Azul, Lima, 1993, pág. 121

⁵² Thurow, L., Op.Cit. pág. 103

no les presta mayor atención. Sin embargo, resultan necesarias si se desea fomentar la creatividad e inventiva nacional. Para hacer frente a los nuevos retos tecnológicos, las oficinas nacionales deberán dejar paso a las que cubran mayores extensiones geográficas, como podría ser el caso de los países que conforman el Grupo Andino. Desde esta perspectiva, acceder a tratados como el de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), que es uno destinado no a otorgar una "patente internacional", sino a efectuar búsquedas y exámenes de las solicitudes, así como a divulgar la información contenida en las mismas, constituye un imperativo difícil de posponer; pero, sin olvidar la misión divulgadora, así como de consultoría que deberán realizar las oficinas nacionales frente a las entidades que realizan investigación en el país, como podría ser el caso de las universidades.

Resulta sorprendente que en muchas de las propuestas para la creación de un nuevo sistema de patentes provenientes de los países desarrollados se soslayan los temas de la biodiversidad y de los conocimientos de los pueblos aborígenes, así como las disposiciones del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) suscrito en Río de Janeiro en 1992. El acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios derivados de su utilización son variables fundamentales en la biotecnología moderna. Sin embargo, aquellas empresas provenientes del mundo desarrollado que realizan tareas de bioprospección son renuentes a aceptar que, en virtud del Convenio antes citado, son los países quienes tienen la soberanía sobre el material biológico que se encuentra en sus territorios y, en consecuencia, pueden limitar el acceso a éste, lo que durante siglos se consideró gratuito y cuya excepción más notable fue la relacionada con los recursos petroleros. Como la mayor riqueza y diversidad biológica se encuentra ubicada en los países pobres, resulta esencial crear un mecanismo que permita el acuerdo entre las partes interesadas, para evitar la

depredación del bosque tropical y permitir conservar los conocimientos de los pueblos aborígenes. No cabe duda de que un nuevo sistema de patentes, y esta es una tarea que tienen por delante los países en vías de desarrollo ubicados en aquellos lugares especialmente ricos en biodiversidad, tiene que contemplar una vía mutuamente aceptable de acceso a la biodiversidad. De no hacerlo, las posiciones extremas tendrán cada vez mayor reconocimiento, e impedirán una solución que puede ser mutuamente provechosa. El ADPIC, por ejemplo, ha soslayado este tema, pero no lo podrá hacer el nuevo sistema que se propone.

Finalmente, para que estos conceptos tengan sustento en la realidad, aunque sea parcialmente, muchas actitudes, tanto gubernamentales como empresariales y privadas tendrán que cambiar en el Perú, pues ha habido indiferencia, no solamente en estas materias, sino también frente al desmontaje de una capacidad de producción manufacturera lograda con mucho esfuerzo, en nombre de un neoliberalismo que sólo beneficia hasta ahora a unos pocos. Las exitosas cifras macroeconómicas no pueden hacer olvidar esta realidad. Se requiere, más que nada, de un cambio de mentalidad que permita superar sentimientos de dependencia que tan agudamente se manifiestan en algunos funcionarios gubernamentales y privados, proclives a aceptar, sin mayor análisis, las recetas que prescriben algunos organismos internacionales y a someter asuntos de naturaleza como los tratados en este artículo a la opinión de funcionarios extranjeros de segunda categoría, creyendo que ello constituye la opción más saludable para el progreso y el desarrollo. El avance científico y tecnológico proveniente del exterior, por fenomenal y grandioso que sea, no puede hacer olvidar que la esencia de su éxito reside en la existencia de hombres libres, que con carácter y optimismo enfrentan a su destino, asunto en el cual todos los pueblos pueden, si así se lo proponen, tener adecuada respuesta.