

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICA

Por MANUEL BECERRA RAMÍREZ*

I. INTRODUCCIÓN

Es probable que los especialistas en materia de propiedad intelectual (PI) estén atentos a la negociación del Acuerdo de Asociación Transpacífica —también conocido como TPP, por las siglas de su nombre en inglés: *Transpacific Partnership*—; este tratado viene a ser un gran acuerdo de carácter comercial internacional que, sin duda tendrá un impacto comercial económico en el mundo. Su impacto económico y político será indudable, esto bastaría sólo para llamar la atención de los especialistas en la materia. Sin embargo, en materia de normas de la PI, se avizoran cambios. En realidad, hay que tomar en cuenta que escribimos a partir de lo poco que sabemos, pues las negociaciones sobre esta materia pecan de falta de transparencia, son secretas. Aunque los cambios son previsible, si tomamos en cuenta la filtración de un borrador y sobre todo si vemos lo que ha negociado Estados Unidos en los tratados de libre comercio de carácter bilateral.

En este trabajo, tratamos de aportar algunos aspectos críticos al debate y tenemos en cuenta la experiencia de México sobre todo, con adopción del estándar internacional de protección de la PI vía dos instrumentos internacionales, que al final de cuentas son uno, pues son similares, nos referimos al capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio América del Norte (TLCAN) y al Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS, por sus siglas en inglés) derivados de la negociación de la Ronda de Uruguay.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y director del Anuario Mexicano de Derecho Internacional.

II. EL MULTILATERALISMO SELECTIVO EN LA NEGOCIACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (PI)

El proceso de creación de los estándares de segunda generación de derechos de propiedad intelectual¹ no ha dejado de cambiar, sobre todo fortaleciendo sus normas de protección a favor de las empresas, que se han subido a la cresta de la III Revolución Industrial, caracterizada por un desarrollo impresionante de la biotecnología y la telemática (la mezcla de tecnologías de la información con la computación)².

Es evidente, pero no está por demás decirlo, que el derecho de patentes y derecho de autor clásico que protegían a los creadores individuales, ya pasó a la historia, ahora la PI protege o pretende proteger a las grandes corporaciones que en forma colectiva producen el nuevo conocimiento en forma de tecnología o bien son titulares de la explotación de los derechos de propiedad intelectual. Es por eso que ahora se habla, no tanto de proteger a los inventores, sino a la inversión.

Ahora bien, después de una negociación ardua, prolongada y difícil en el seno del GATT, que como sabemos dio vida a la Organización Mundial del Comercio y a ADPIC, parecía que la aguas de la PI iban a estar quietas, por lo menos en un tiempo; sin embargo, el estancamiento en el que aún se encuentra la ronda Doha hizo que uno de sus principales animadores cambiara de estrategia de negociación. En lugar de preferir o insistir en la negociación de tratados multilaterales los Estados Unidos empezaron a negociar, siguiendo la exitosa estrategia con México, tratados de libre comercio de carácter bilateral.

No era la primera vez que la gran potencia se retiraba del multilateralismo, ya en las décadas de los 70 y 80, ante el embate de los países subdesarrollados que exigían un nuevo orden económico internacional en el foro de la ONU, se retiraron y esperaron “tiempos mejores” (por supuesto para los Estados Unidos) que llegaron con el neoliberalismo. Los países subdesarrollados adoptaron las recetas del Consenso de Washington que las grandes potencias proponen o imponían vía organismos financieros internacionales a los países que quisieran acceder a sus recursos.

Así, después de ADPIC, los Estados Unidos han impulsado un nuevo tipo de tratados denominados ADPIC-PLUS, que son, ni más ni menos, que normas que tienen un mayor rigor o nivel de protección de la PI. Al parecer, en materia de propiedad intelectual, el TPP es de este tipo de tratados de nuevo tipo, y en este sentido se pretende que tenga reglas aun más rígidas³.

¹ Caracterizados porque están insertos en las normas de comercio internacional, con lo que se les provee de un sistema de solución de controversias y de sanciones de carácter comercial

² Véase: ÍÑIGO FERNÁNDEZ, Luis E., *Breve historia de la Revolución Industrial*, Madrid, Nowtilus, 2012, p. 278; DERRY, T. K., *Historia de la tecnología, desde la antigüedad hasta 1750*, 16ª edición, México, Siglo XXI, 1994, p. 394.

³ Según Sebastián Herreros, de la CEPAL: “Grupos empresariales estadounidenses han planteado que el nuevo TPP debe establecer un nuevo y más alto estándar de protección de los

La tendencia es que el TPP sea un tratado de libre comercio, no sólo de carácter bilateral, sino que los Estados Unidos regresan al multilateralismo ahora “selectivo” con dos destinatarios concretos: el bloque de América del Sur, que lidera Brasil y la gran potencia asiática China, que tiene como punto de apoyo el grupo de los BRICS, entre otros⁴.

III. ANTECEDENTES DEL TPP

Los orígenes del Acuerdo de Asociación Transpacífica; se encuentran en el año de 1994, auge del neoliberalismo y nace de una propuesta en el seno del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) en su reunión de Bagor; en aquel momento, la idea era la confección de un tratado de libre comercio para la región del Pacífico.

Desde el principio, se preveía la participación de los grandes países de la región, es decir de la cuenca del Pacífico, como Canadá, Estados Unidos y Japón. En lo que se refiere a la liberación comercial, se planeaban dos momentos: en un primer momento, las economías más fuertes, es decir Canadá Estados Unidos y Japón se deberían de liberar para el año 2010; en un segundo momento: para las demás economías se estableció el plazo de 2020. Sin embargo, la voluntad política de los gobiernos se mostró dubitativa, motivo por el cual el impulso sólo lo pudieron dar Estados pequeños, no industrializados.

derechos de propiedad intelectual, aumentando los niveles de protección acordados en anteriores TLC bilaterales de los EE.UU., que ya exceden en varios aspectos a los del Acuerdo ADPIC de la OMC. La protección de la propiedad intelectual es un área en constante expansión en una economía mundial que es cada vez más impulsada por la tecnología y el conocimiento. Existe, entonces, un amplio margen para que los EE.UU. usen el TPP para presionar a los países de América Latina —y otros participantes— a adoptar nuevos compromisos más estrictos al respecto”, HERREROS, S., *El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica: una perspectiva latino-americana*, disponible en www.cepal.org/comercio/series/.

⁴ Aunque el mismo representante de Brasil ha negado que el TPP sea una amenaza para Brasil. Véase: www12.senado.gov.br/internacional/es/2013/patriota-dice-que-alianza-del-pacifico-no-amenaza-intereses-de-brasil.

En realidad Patriota dice que la Alianza del Pacífico no amenaza intereses de Brasil. El ministro de Relaciones Exteriores, Antonio Patriota, minimizó la oposición de intereses entre el Mercosur y la Alianza del Pacífico, bloque económico recién formado por México, Colombia, Perú y Chile. Según el ministro, Brasil no tiene que ver como “amenaza” a la iniciativa del grupo, se trata de una interpretación sin sustento en la realidad”.

En realidad, no es una opinión compartida por los políticos brasileños y los analistas políticos; por ejemplo, la opinión de la analista internacional Vicky Peláez: “Los globalizadores ya han activado su plan para debilitar y aislar tanto a Brasil como China creando la Alianza del Pacífico (Colombia, Chile, Perú y México) que en América Latina es como una sucursal del *Transpacific Partnership* (TPP) bajo la guía de los Estados Unidos que según los cálculos de los iluminados podría neutralizar y finalmente eliminar al MERCOSUR, UNASUR y la CELAC. Simultáneamente, en la última reunión del G-8 Barack Obama lanzó a sus colegas europeos la idea de crear un *Transatlantic Economic Partnership* (TEP) para poder junto con el TPP establecer la hegemonía económica y financiera en el planeta” (Peláez, Vicky, “Los indignados reclaman un “Brasil nuevo” sprian.ru/opinion_analysis/20130621/157364300.htw/).

Precisamente, es sólo hasta el año de 2005 cuando se logra dar el primer paso concreto para la creación del TPP, en ese año se firma un tratado que entró en vigencia en el año de 2006 con pocos Estados y precisamente no grandes potencias económicas: Brunei, Chile, Nueva Zelanda y Singapur. Por estar compuesto sólo de 4 Estados, en un principio al TPP se le denominó como P4 con el único factor común que son de la zona del océano Pacífico. Estados que comparten el océano Pacífico como zona de desarrollo. Como el tratado tiene la vocación de crecimiento hasta crear una enorme zona de libre comercio de la cuenca del Pacífico, más tarde, en el año de 2009 se unieron Australia, Estados Unidos, Perú y Vietnam. Eso es y fue posible gracias a una cláusula del mismo TPP que establece que cualquier economía puede incorporarse al proyecto de libre comercio. Con lo que potencialmente se puede encontrar un eje comercial que se compone de países de tres continentes: América, Asia y Oceanía. Es significativo, que con la intención de Japón de unirse al TPP, junto con México y Canadá se lograría concentrar un espacio del 40% del comercio mundial, en donde, dato importante, no están los dos colosos comerciales, China y Rusia, quienes participan en otros proyectos de integración o cooperación como la Asociación de Naciones del Sureste Asiático (ANSEA) o BRICS⁵.

¿Qué quiere Estados Unidos de Japón y al revés? Es evidente que al ser grandes potencias comerciales industriales, Estados Unidos y Japón pueden, de alguna manera ser competidores naturales, sobre todo en materia tecnológica, lo que no sucede con los demás países. En ese sentido, el TPP parece una nueva división mundial del trabajo, con países altamente industrializados, por un lado y países que aportan materias primas, y recursos como petróleo, gas, cobre, agricultura, pesca y el turismo. En donde los países industrializados no dejarán que se debilite su ventaja tecnológica y los demás Estados, como México se convertirán en proveedores de materias primas, como el petróleo, si es que no logran crear una política de Estado que les permita industrializarse. Por supuesto, lo mismo sucede para Estados pequeños, como Vietnam, Australia y Singapur que potencialmente podrían crecer e industrializarse.

Así, después de ADPIC, los Estados Unidos han impulsado un nuevo tipo de tratados, que ya reciben el nombre de ADPIC-plus, que no son, ni más ni menos, que normas que tienen un mayor rigor o nivel de protección de la PI. Precisamente, el TPP es de este tipo de tratados de nuevo tipo y ahora se intenta que sea un tratado de libre comercio con dos destinatarios concretos: el bloque

⁵ Es significativo mencionar que el ANSEA también se proyecta, como un área enorme de libre comercio (denominada *Regional Comprehensive Economic Partnership-RCEP*) y que se encuentra en proceso de constitución. En el TCEP estarían un amplio número de países de asiáticos, algunos de los cuales ya participan en el TPP, pero con la diferencia que estarían grandes jugadores comerciales industriales como China, Japón, Corea del Sur y la India. Los otros participantes son Australia, Birmania, Brunei, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Singapur, Tailandia, Vietnam y Nueva Zelanda.

de América del Sur, que lidera Brasil y la gran potencia asiática, China, ambos países miembros del grupo de los BRICS.

IV. LEGISLAR POR MEDIO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

En materia de PI, son evidentes dos patrones normativos: primero, las normas que se “negocian” son de tal nivel de detalle que constituyen verdaderos códigos internos que contienen disposiciones de carácter sustantivo y adjetivo y se presentan como estándares normativos y después, la regulación tiende a la administración y protección por el aparato estatal —las funciones de represión y de solución de controversias con que cuenta el Estado— pero aunque se diga que van destinadas al desarrollo tecnológico quedan en meras normas programáticas, pues no contienen mecanismos para lograr tal desarrollo tecnológico.

Respeto del primer patrón normativo, se puede observar que si bien las normas de los tratados de libre comercio generalmente no son auto aplicativas, de todas maneras son obligaciones internacionales que los Estados parte tienen que cumplir a riesgo de entrar en responsabilidad internacional. Así, sus normas son bastante amplias y detalladas, a tal nivel que de hecho son verdaderos códigos de propiedad intelectual con normas adjetivas y sustantivas. El grado extremo lo podemos ver en cualquiera de los tratados TRIPS-plus, negociados por los Estados Unidos. Por ejemplo, el tratado de libre comercio negociado entre los EE.UU. y Chile establece: “Art. 17.2: Marcas de fábrica o de comercio: 1. Cada Parte dispondrá que las marcas de fábrica o de comercio incluirán las marcas colectivas, de certificación y sonoras, y podrán incluir indicaciones geográficas y marcas olfativas. Ninguna Parte está obligada a tratar a las marcas de certificación como una categoría separada en su legislación interna, siempre que los signos como tales, estén protegidos”.

Como se ve, vía un tratado internacional se “legisla” para que se incluya en la legislación local las marcas sonoras y olfativas que no son comunes en el derecho marcario iberoamericano.

Desde nuestra perspectiva, el grado de detalle puede deberse a dos razones. La primera, una falla en la técnica de negociación de los tratados internacionales que no toman en cuenta que el tratado debe ser un marco jurídico en donde se mueven los Estados, y se deja al legislador interno para determinar el detalle de acuerdo con las características de su propio sistema jurídico. O bien, de plano, se debe a razones imperiales ya que se pretende, desde fuera, legislar en el interior de los Estados, que es lo que en realidad está ocurriendo con estos tratados.

De cualquier manera, no se toma en cuenta que al pretender regular la protección de la propiedad intelectual, en la cresta de una revolución tecnológica que tiene un dinamismo impresionante, se corre el peligro y eso sucede, que las normas detalladas quedan pronto como un traje fuera de medida.

Además, y esto es también importante, el grado de detalle lleva a que se hagan muy difíciles de cumplir o de “recibir las en derecho interno” sobre todo para economías débiles. Por ejemplo, es el caso de México, que a pesar de que tiene obligación de crear una estructura de aplicación de las normas derivadas del capítulo XVII del TLCAN y de ADPIC, desde 1994, hasta la fecha no ha logrado un cumplimiento cabal de la normatividad internacional. Lo cual es evidente, no es necesario realizar una investigación profunda, basta caminar por las calles de la ciudad de México para darse cuenta de que la piratería, tanto la que se produce internamente como la que llega vía el contrabando, es cotidiana.

La incapacidad del gobierno mexicano para detener la piratería, se debe, en parte, a que carece de una infraestructura, como la preparación de abogados, de tribunales especializados, personal también especializado en las fronteras, etcétera. Toda una infraestructura humana y material que los tratados de libre comercio exigen pero no contemplan cómo adquirirlo. Y cuando hay que darse cuenta que el problema de la piratería es de carácter estructural, tiene que ver con fuentes de trabajo, con una economía que permita crear fuentes de trabajo oficializada, no paralela, que pague impuestos y que las personas que se dediquen a esa actividad tengan seguridad social y demás prestaciones laborales y además con precios de los productos accesibles a la población.

Los tratados de libre comercio negociados por Estados Unidos, han privilegiado la protección y la administración de la propiedad intelectual, soslayando los aspectos que se refieren al desarrollo. Sólo hay que ver esta disposición del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos: “Deseosas de mejorar los sistemas de propiedad intelectual de ambas Partes para dar cuenta de los últimos avances tecnológicos y garantizar que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo (...)”.

Es evidente que el acento está puesto en “mejorar los sistemas de propiedad intelectual”, nada se dice en cómo se puede diseminar el conocimiento tecnológico que los tratados de libre comercio pretenden lograr.

V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA VERSIÓN ORIGINAL DEL TPP

Aunque el TPP en su versión original, es decir el todavía vigente, está sometido a una fuerte e intensa revisión es interesante realizar una mirada retrospectiva del original TPP, cuando era solamente el tratado de cuatro Estados, para ver cuál era su visión sobre PI, para así compararlo con lo que se proponen los actuales negociadores. Así, en su versión original, el TPP destina el capítulo 10 a la Propiedad Intelectual (PI). Nuestro primer comentario es que es un capítulo corto, de apenas 7 artículos y un anexo. Inicialmente, establece la

importancia de la PI y sus principios⁶ que en realidad son conceptos vagos, sujetos a interpretación por las partes. Todavía no sigue la corriente de los tratados TRIPS-plus.

Sería interesante, que los creadores del tratado expresaran cómo se puede promocionar el desarrollo económico y social, la innovación tecnológica y el comercio, pues con la experiencia de casi 20 años de ADPIC, con el esquema de propiedad intelectual que se adoptó, se han fortalecido las grandes empresas de los países desarrollados y por otra parte surgen como gigantes de la innovación países como China, que no ha sido un país que haya mantenido un cumplimiento ejemplar de los estándares puestos por ADPIC. Sin embargo, y tratando de encontrar ventajas a esta redacción tan amplia y ambigua, se puede decir que dependerá de la política interna de los Estados que permitan encontrar su lado positivo. Porque, precisamente, es uno de los objetivos de la propiedad intelectual: alcanzar un equilibrio entre los derechos de los titulares (su inversión, dedicación y talento) y los legítimos intereses de los usuarios y de la comunidad en relación con las materias protegidas —es decir, el respeto a sus derechos a la salud, acceso a la tecnología y su desarrollo, el acceso a la cultura y conocimiento en general, a la comunicación, etcétera—.

El hecho de que este tratado reconozca el objetivo de lograr ese equilibrio es una gran diferencia entre los tratados de carácter meramente comercial. Falta el impulso de los Estados de regulación en el derecho interno y la formulación de una política de Estado que tienda a proteger y desarrollar esa otra parte de la PI, que no es la mera protección de la PI, *per se*, sino su impacto social.

Más adelante, el texto del TPP reconoce su punto de partida, su base, que son las disposiciones sobre PI que contiene el ADPIC y otros convenios internacionales sobre PI, tanto las disposiciones en materia de propiedad industrial como de derecho de autor. Llama la atención que el TPP se refiera a que los Estados parte “(...) podrán: (...) d) establecer las medidas apropiadas para proteger el conocimiento tradicional”, cuando las grandes potencias comerciales y tecnológicas no han reconocido la protección de este tipo de conocimiento y los

⁶ “Art. 10-2: Principios de propiedad intelectual

1. Las partes reconocen la importancia de la propiedad intelectual en la promoción del desarrollo económico y social, especialmente en la nueva economía digital, la innovación tecnológica y el comercio.”

2. Las partes reconocen la necesidad de lograr un equilibrio entre los derechos de los titulares y los legítimos intereses de los usuarios y de la comunidad en relación con las materias protegidas.

3. Las partes se comprometen a mantener regímenes de derechos de propiedad intelectual y sistemas que busquen:

a) facilitar el comercio internacional, el desarrollo económico y social a través de la difusión de ideas, tecnología y trabajos creativos;

b) otorgar seguridad a los titulares de los derechos y a los usuarios de propiedad intelectual con respecto a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual; y

c) facilitar la observancia de los derechos de propiedad intelectual con miras a *inter alia*, eliminar el comercio de mercancías que infringen los derechos de propiedad intelectual”.

proyectos para su protección se encuentran varados en innumerables estudios de la OMPI. Pero, no se olvide, que esto es una mera posibilidad del Estado parte del TPP, no es una obligación.

Después tiene un artículo dedicado a las marcas, en donde se reconoce el derecho de oposición a la solicitud de registro y reconoce el derecho de declarar nulas las marcas. El TPP, en esta versión también protege las indicaciones geográficas y los nombres de país. Respecto de las indicaciones geográficas, se hace un listado, contenido en su Anexo 10.A, con 82 indicaciones geográficas y en forma separada el famoso y controvertido Pisco Chileno. La protección se ve limitada a lo que dispongan las legislaciones internas de Brunei Darussalam, Chile, Nueva Zelanda y Singapur; es decir, si permite la legislación interna o no; sin embargo, en realidad tiene nula técnica legislativa, pues el TPP no establece el concepto de indicación geográfica, ni cuáles son los márgenes para protegerlas, sólo se limita a una enumeración casuística de regiones (Valle de Aconcagua, Alhué, Chillán, etcétera)

En cuanto a los nombres de país, también el TPP es bastante vago pues dispone que “las partes proporcionarán los medios legales a las partes interesadas para impedir el uso comercial de nombres de país de las partes con relación a las mercancías de manera que engañen a los consumidores en cuanto al origen de dichas mercancías” (art. 10-6).

Finalmente, en su art. 10.7 se refiere a la cooperación sobre la manera de aplicación del derecho y las políticas sobre PI en cada uno de sus países. Es evidente que no se habla de una cooperación en la utilización de la tecnología que protege la PI, para el desarrollo. Por lo visto, estas disposiciones amplias y generales correspondían a los miembros originarios del TPP (Brunei, Chile, Nueva Zelanda y Singapur) en su versión del 2005, que no son países altamente desarrollados tecnológicamente hablando, así es que “la importancia de la propiedad intelectual en la promoción del desarrollo económico y social”, se ve, desde esa perspectiva como un recurso retórico sin trascendencia práctica.

VI. SE AVIZORAN LOS CAMBIOS. EL PROYECTO “PIRATA” DEL CAPÍTULO SOBRE PI DEL TPP

Sin embargo, el texto original del TPP, está condenado a transformarse con el acceso a él de las grandes potencias, Estados Unidos —que “atrae” a sus socios comerciales de América del Norte Canadá y México y a sus socios comerciales de Sudamérica Perú, Colombia y Chile— y Japón. Permitido por su acuerdo fundacional, las negociaciones en curso cambian el texto del tratado en forma substancial.

El texto del nuevo tratado en material de PI no se conoce, ya que su negociación se ha considerado como un secreto, lo cual, es evidentemente una aberración, porque se negocia a la espalda de los pueblos que son los que teóricamente mandaban a los poderes del Estado para negociar. Independientemente

de que eso lo tratamos en otro momento de este trabajo, en lo que corresponde a México. Sin embargo, sí es posible prever el nuevo tipo de texto final, si tomamos en consideración lo que ya se ha filtrado al público —lo cual pudo haber sido filtrado por los mismos Estados negociadores para sondear la corriente de opinión— y tomando en cuenta los diferentes tratados internacionales que ya se han discutido como es el caso del ACTA y sobre todo los tratados de Libre Comercio en su parte de PI, que se conoce como TRIPS-plus. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos tiene disposiciones muy parecidas con el proyecto que se ha filtrado. Con esto, es posible dar un panorama de lo que se avizora.

El proyecto filtrado, a diferencia del magro capítulo sobre PI del original TPP, es bastante generoso en su articulado. Siguiendo su tendencia parece un código de PI más que un tratado. Está compuesto de 16 artículos y tiene un carácter expansivo, pues no sólo contiene un catálogo de normas sustantivas y adjetivas que amplían las contenidas en ADPIC, sino que además convoca a los Estados miembros a adherirse, si no son parte ya de un número considerable de tratados de PI.

En efecto, al inicio del capítulo, se establece que “cada una de las partes debe de acceder a los siguientes tratados:

- El Tratado de Cooperación Patentaria de 1970, con su reforma de 1979;
- La Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1967;
- La Convención de Berna para la Protección de Trabajos Literarios y Artísticos de 1971;
- La Convención relativa a la Distribución de Programas que lleven Señales Transmitidas por Satélite (1974);
- Protocolo Referente al Acuerdo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1989);
- El Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional de Depósito de Microorganismos para el Proceso de Patentes de 1977 reformado en el año de 1980;
- Convenio Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas UPOV (1991);
- Tratado de Singapur sobre la Ley de Marcas del año 2006;
- El Tratado sobre Copyright de la OMPI, de 1996;
- El Tratado de la OMPI sobre Performances y Fonogramas de 1996;

Por si no fuera poco, cada parte debe de notificar a la OMC su aceptación del Protocolo que reforma el acuerdo ADPIC de Ginebra del 6 de diciembre de 2005 y debe de “hacer todos los esfuerzos razonables para ratificar y acceder a los siguientes tratados internacionales: el Tratado del Derecho de Patentes de 2009 y el Acuerdo de La Haya relativo al Registro Internacional de Diseños Industriales (1999)”.

Independientemente de que los Estados no sólo contraerán las obligaciones contenidas en el mismo capítulo y a las que nos referiremos más adelante, la obligación de ser parte de los anteriores tratados significa ya una amplia gama de responsabilidades derivadas de dichos tratados. Por ejemplo, tomemos parte del tratado UPOV. Como sabemos hay dos versiones del Tratado sobre Variedades Vegetales, UPOV 1978 y su equivalente, del año de 1991. Como vemos el TPP, trae la obligación de adherirse al UPOV 1991. Esta versión contiene una mayor protección para los obtentores, que en la práctica son las grandes empresas productoras de semillas mejoradas obtenidas por vía de la biotecnología. El UPOV 91 “hace referencia expresa a las modificaciones genéticas, se protege la expresión de un fenotipo o de un cierto genotipo (es importante considerar que entre el acta anterior y ésta se produjo la primer planta transgénica en el año de 1984)”⁷.

Pero, detengámonos en una característica del sistema UPOV 91, algo que ya notó Pérez Miranda: este tratado no prohíbe la doble protección simultánea, es decir mediante el derecho de obtentor y mediante patente. Además, se amplía el plazo mínimo de protección de 20 a 25 años. Esta protección la tiene Estados Unidos, y la ha “exportado” a los tratados de libre comercio que en los últimos años ha celebrado, por ejemplo con Chile. México, en virtud de TLCAN optó por adherirse a UPOV 78, por lo que si se acepta este proyecto de TPP, deberá de adherirse al UPOV 91. Pero, lo más importante, es hacer notar los intereses de Estados Unidos por que se amplíe y fortalezca el derecho de los obtentores internacionales.

Este es sólo un ejemplo para mostrar que, en realidad, la aceptación del TPP y de las propuestas como están, traerá como consecuencia que los Estados miembros deberán adherirse, si es que no lo han hecho, a una serie de tratados internacionales más que traen una serie de obligaciones adicionales. Por lo que sería recomendable, para el Estado negociador, armarse de un equipo de abogados especializados en PI y establecer el nivel real de compromiso que la firma y ratificación del TPP exige.

Más adelante podemos notar que el TPP reconoce la cláusula de la nación más favorecida y el principio de transparencia. Cuando el proyecto se refiere a las marcas, es evidente una protección muy amplia, con nuevas figuras, incluye en la protección a las marcas de sonidos y de olores mínimamente pues tiene una redacción bastante amplia y, al mismo tiempo ambiguo, que deja abierta la puerta para proteger algo más⁸. Algo que, generalmente, en las legislaciones de Latinoamérica no es muy conocido. También, a manera de código de marcas, el proyecto establece la protección de las marcas de certificación, las marcas notorias, e inclusive permite una doble protección por vía de marcas y de indicaciones

⁷ PÉREZ M., Julio, R., *Tratado de derecho de la propiedad industrial. Un enfoque de derecho económico*, 5ª edición, México, Porrúa, 2011, p. 242.

⁸ Art. 2º del proyecto de TPP: “No party may require, as a condition of registration, that a sign be visually perceptible, nor may a Party deny registration of a trademark solely on the grounds that the sign of which it is composed as a sound or a scent”.

geográficas. Llega a tal nivel de “detalle codificador”, que establece un sistema procedimental de registro de marcas, en donde la vía electrónica predomina.

Un aspecto novedoso del TPP es la inserción de los nombres de dominio. En efecto, como si no fuera poco regular la PI, en sus aspectos tradicionales (derecho de la propiedad industrial y derechos de autor) el proyecto ahora incursiona en la problemática de los nombres de dominio, con el pretexto de la “cyber piratería” de las marcas. Como sabemos, es algo que desde hace tiempo se pretendía que fuera regulado por un tratado, pero la organización civil del funcionamiento de los nombre de dominio no permitía. Ahora, evidentemente hay un intento de los Estados Unidos de controlar lo que circula en la red, aduciendo violación a los derechos de la PI; en este caso “each party requires that the management of its TLD provide online public access to a reliable and accurate data base of contact information domain-name registrants (...)”.

Además, el proyecto contiene un catálogo de normas, algunas de ellas muy detalladas en material de derechos de autor, centrándose en los derechos de autor en la red; en ese sentido medidas de protección de tecnología; derechos de administración de información, derechos relacionados a los derechos de autor; la protección de programas encriptados de conductores de programas por satélite y las señales de cable. Lo cual no es estrictamente figures de la PI, pero que los tratados de 2ª generación han incluido

Es interesante notar, que el proyecto toma una aspecto muy criticado del tratado ACTA, que es el de involucrar a los proveedores del servicio de internet, de alguna manera, en la vigilancia del cumplimiento por los usuarios de la red. Con eso, el Proyecto plantea “incentivos” y/ o “limitantes” para los proveedores servicio en el caso de la violación de derechos de autor de los usuarios de internet (art. 16). Con esto se afecta la privacidad de los usuarios de internet, algo que se ha defendido intensamente por los usuarios, como parte de una garantía de los usuarios, dentro de su derecho a la información.

El capítulo de las patentes, es bastante polémico y en donde definitivamente habrá un gran rechazo de la sociedad civil. En principio permite, a diferencia de ADPIC el patentamiento de plantas y animales y de los métodos de diagnósticos, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de humanos y animales, recordemos que esto estaba excluido de patentamiento en TLCAN y ADPIC. Esta es una vuelta de 180 grados que sin duda será objeto de muchas polémicas, pues lo que hace es ampliar la protección para los poseedores de tecnología de punta.

También, el proyecto de TPP, contiene algo que estrictamente no es propiedad intelectual, pero que ha sido una figura defendida por las empresas transnacionales que es “la vinculación”, que no es ni más ni menos que una figura de carácter administrativo mediante el cual se establece un requisito previo para el otorgamiento de un registro sanitario. Y, precisamente, la vinculación consiste en relacionar ese registro sanitario con la protección patentaria. Lo que se puede ver como una extensión de la protección patentaria o un obstáculo a los laboratorios nacionales que producen productos farmacéuticos que están en el dominio pú-

blico. En términos generales también produce una extensión de la duración de la patente, con lo que no se cumple con la esencia de la protección temporal de las patentes. Lo que es obvio afecta el acceso de la población la salud.

Asimismo, el proyecto TPP se refiere a la Cláusula Bolar, que es la facultad de un producto patentado, en preparación de que la patente venza dejando al producto en el dominio público, para que los productos farmacéuticos genéricos ingresen al mercado⁹.

Por último, contiene un capítulo de obligaciones generales relativas al *enforcement*, con procedimientos de carácter civil, administrativo y penal. Se hace especial referencia al procedimiento de carácter judicial y a la figura de la *injunction*, medida de ascendencia meramente anglosajona. También prevé medidas precautorias, en caso de violación, y las medidas especiales en caso de *enforcement* digital.

Con todo esto podemos mencionar que es un tratado que va más allá de ADPIC, por eso podemos decir que es un tratado de la segunda generación y que va más allá de ADPIC.

VII. EL TPP Y LA PROHIBICIÓN DE LOS TRATADOS SECRETOS

Lo que parece ya una norma en la negociación de las normas sobre PI, y ante la movilización de la sociedad civil o de la opinión pública que rechaza los tratados de libre comercio de nuevo tipo, ahora se realiza la negociación en secreto. La movilización de las ONGs y de la sociedad civil se debe al temor, fundado, que de alguna manera, se obstaculice el acceso a la red y que se penalice ciertas acciones como ejemplo el copiar información o productos culturales que ahora circulan en la red¹⁰. Es por eso que no se conoce mucho, en forma oficial, de la actual negociación del TPP, a pesar de que ya lleva varios años negociándose.

Al parecer, los negociadores de TPP, “ya aprendieron la lección” del Acuerdo Comercial contra la Falsificación (ACTA) fue motivo de movilizaciones de la sociedad civil que han impedido que el Parlamento Europeo, lo ratifique y lo mismo sucedió en México, en donde el Senado tuvo que hacer una comunicación expresa de que no aprobaría dicho tratado, entre otras razones por sus disposiciones que violaban el derechos humano de comunicación y de acceso a la cultura, además se criticó su falta de transparencia. Pero, con el TPP, o mejor dicho con las negociaciones se vuelve a lo mismo, es decir a la falta de transparencia y disposiciones en materia de PI agresivas a la ciudadanía.

⁹ GARCÍA VIDAL, A., “La Cláusula Bolar (La licitud de los actos preparatorios de la autorización para comercializar un medicamento genérico realizados durante la vigencia de la correspondiente patente farmacéutica)”, en *Actas de derecho industrial y derechos de autor*, t. XXVI, Instituto de derecho industrial, Universidad de Santiago de Compostela, Marcial Pons, 2005-2006, p. 203.

¹⁰ Véase, por ejemplo, [www.tppinfo.org/resources/tpp-vs-us law/](http://www.tppinfo.org/resources/tpp-vs-us-law/), consultada el 10 de junio de 2013.

Por supuesto, eso va en contra de los principios democráticos de una sociedad que se dice respetuosa de los derechos humanos y del Estado de derecho. Una negociación de este tipo va en contra del estado de derecho, por ejemplo, México tiene vigente una ley de tratados en materia económica. Precisamente, la Ley Mexicana sobre Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica (TIME) fue adoptada un década después de la negociación y la aprobación del TLCAN, en donde tales principios brillaron por ausencia.

Recordemos que durante la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, a principios de la década de los años 90, todavía México tenía un sistema político *de facto* unipartidista, en donde, además el partido del gobierno en aquel tiempo (PRI) dominaba el poder legislativo y concretamente el Senado, que es el órgano de gobierno que aprueba los tratados, de conformidad con la Constitución mexicana. Así que la TIME en realidad llena un hueco, donde la transparencia es fundamental. Además, en el derecho internacional desde el siglo pasado los tratados secretos, que se negocian a espaldas del pueblo, que es quien detenta la soberanía, están prohibidos, de ahí la costumbre de publicar los tratados internacionales en la ONU.

Ahora bien, la TIME es clara cuando habla de transparencia en la negociación de un tratado como este, que claramente tiene naturaleza económica. El artículo tercero establece: “Art. 3º. Para la aprobación de un tratado se observarán los siguientes objetivos generales:

”I. Contribuir a mejorar la calidad de vida y el nivel de bienestar de la población mexicana;

”II. Propiciar el aprovechamiento de los recursos productivos del país;

”III. Promover el acceso de los productos mexicanos a los mercados internacionales;

”IV. Contribuir a la diversificación de mercados;

”V. Fomentar la integración de la economía mexicana con la internacional y contribuir a la elevación de la competitividad del país, y

”VI. Promover la transparencia en las relaciones comerciales internacionales y el pleno respeto a los principios de política exterior de la fracción X del art. 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Además, el artículo establece claramente la posibilidad de que en este tipo de tratados en materia económica “sin distinción alguna los ciudadanos y las organizaciones empresariales, ciudadanas y sindicales podrán emitir su opinión ante el Senado de la República. Las comunicaciones entre ciudadanos, organizaciones y las comisiones correspondientes podrán ser orales en audiencia o por escrito. En todo caso, serán públicas, salvo disposición legal en contrario”¹¹.

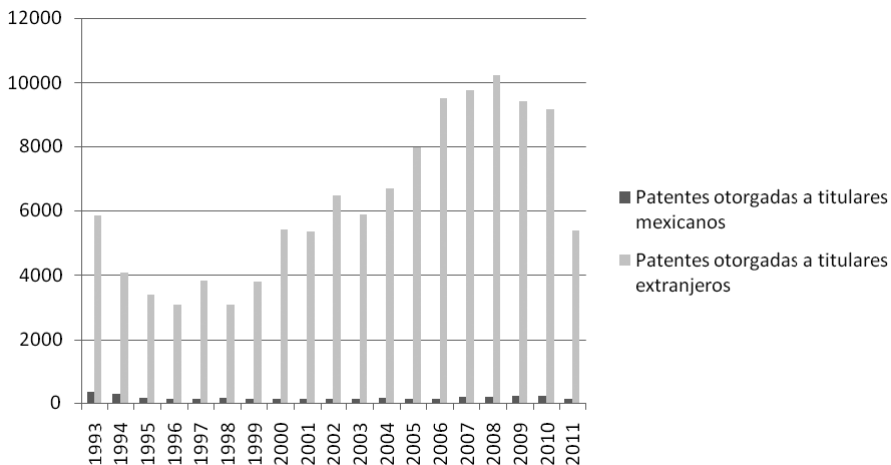
Como se ve, no hay duda de la obligación de transparencia y de consulta con la sociedad civil. Al final de cuentas, sobre todo en este tipo de tratados, quienes llevan la carga económica es la población a nombre de quien se celebran.

¹¹ Art. 11 de la TIME.

VIII. LA NORMAS DE PI Y EL DESARROLLO TECNOLÓGICO

No se debe perder de vista que uno de los objetivos de la PI es impulsar el desarrollo tecnológico¹². Los tratados de libre comercio y concretamente, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), no ha sido un factor decisivo en el desarrollo tecnológico de México. Esto es fácilmente constatar si se ve el pobre impacto en el aumento de las patentes mexicanas. A casi ya dos décadas de la entrada en vigor del TLCAN y de ADPIC y después de que falla el ALCA, un nuevo proyecto está en la puerta.

De las enseñanzas del TLCAN, desde la perspectiva mexicana se puede decir que no hay una relación inmediata entre el establecimiento de un régimen fuerte de PI y el desarrollo tecnológico; antes, al contrario, el régimen fuerte, que, además es difícil de cumplir para los Estados subdesarrollados, al mismo tiempo, constituyen desventajas para las empresas nacionales que no pueden competir con las grandes empresas transnacionales que poseen una estructura internacional, integradas a escala mundial, que no permiten el acceso de la competencia. Como se puede observar y eso es simple de medir, por lo menos en el ramo farmacéutico el estándar del TLCAN y de los ADPIC, los que México, realmente sin negociación, adoptó no produjo una mayor capacidad inventiva de las industrial locales, al contrario, se ha debilitado, como se puede ver de la tabla que realizamos con datos tomados del Instituto Mexicano de Propiedad Industrial (IMPI).

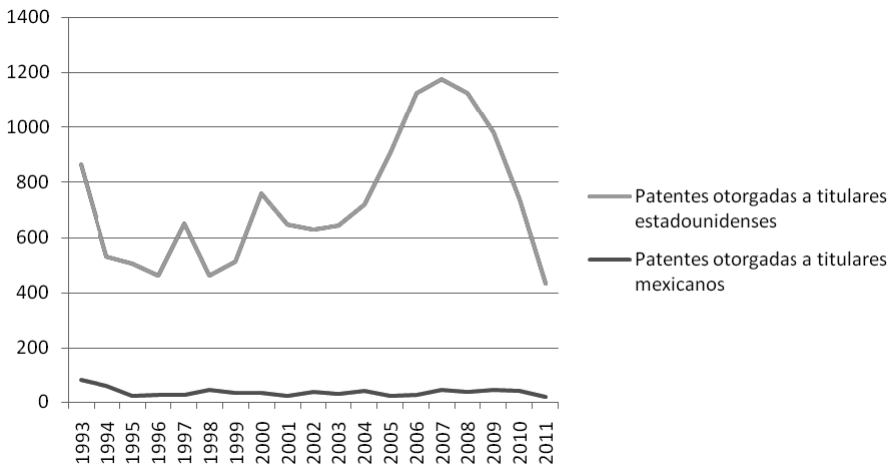


¹² El TLCAN, establece como objetivos: “aumentar las exportaciones para estimular la inversión; facilitar la transferencia de tecnología (ojo con esto) y crear fuentes de empleo productivo”.

Por supuesto que el aumento de la capacidad inventiva de las industrias locales, no se produce en forma automática por la mera adopción de un régimen fuerte de PI, sino que requieren políticas de Estado concretas, elaboradas de conformidad con las características de tal o cual país.

Además, la experiencia mexicana evidenció que no es recomendable la negociación de la PI en los tratados de libre comercio si no hay cláusulas que tomen en cuenta la diferencia de desarrollo, y en el cual se establezcan mínimamente estructuras para el desarrollo y la transferencia de tecnología. Lo que se ha hecho, es tomar en cuenta los intereses de los inversionistas, para eso los estándares del ADPIC tienden a fortalecer la estructura jurídica de protección de la PI: ampliación del tiempo de la protección, limitando las licencias obligatorias, ampliando cada vez más los objetos de protección (a tal nivel están llegando que dentro de poco se dará protección a la misma vida, cuando las estructuras vitales son el producto de la evolución de millones de años), fortaleciendo las reglas adjetivas, de tal manera que a imagen y semejanza del derecho de litigios estadounidense ya el hecho de ser demandado en juicio signifique un gasto de dinero impresionante que no pueda ser soportado por las empresas pequeñas.

En efecto, en el caso de México, si vemos la industria farmacéutica, es posible ver como la adopción de los nuevos estándares no logró un detonante de patentamiento de mexicanos. En esta tabla podemos ver cómo las patentes a los estadounidense es mayor que a la de los mexicanos.



Por supuesto, no es suficiente fortalecer la protección de la PI, para que exista un desarrollo interno; es necesario una política interna adecuada, una política de estado en donde se interrelacionen los varios sectores involucrados en el desarrollo tecnológico. La PI puede ser un punto de referencia en la diseminación de la tecnología, asunto que se soslaya en los tratados de 2ª generación.

IX. CONCLUSIONES

Los tratados de libre comercio en sus aspectos de PI, son parte de las políticas de las grandes potencias para reorganizar el mundo en sus aspectos económicos. La titularidad de la tecnología y su protección son grandes preocupaciones de las empresas transnacionales, de tal manera que sus gobiernos buscan crear la infraestructura jurídica internacional para protegerlas vía las normas de la PI que se insertan en los tratados de libre comercio, a los que denominamos como de segunda generación.

Asimismo, el nuevo tratado puede tener una lectura política de carácter geoestratégico. Con la alianza entre los países del Norte, ya integrados un libre comercio, Estados Unidos, Canadá y México, en América Latina se trata de constituir un corredor de libre comercio que pase después por Perú, Colombia y Chile y se integre con países de Asia y Australia.

La tendencia de estos tratados de 2ª generación como ADPIC y los tratados de libre comercio negociados por los Estados Unidos, incluyendo el TLCAN, es crear un marco jurídico casi de código en materia de PI; se crean verdaderos códigos que después se reciben en los derechos internos de los Estados, en muchos casos sin posibilidad de cumplirse en el interior por falta de infraestructura adecuada.

El TPP, es un típico caso de tratado de 2ª generación, que propugna por una protección fuerte a la PI, pero que no obligan a crear una infraestructura jurídica para que los Estados que no poseen tecnología puedan desarrollarla.

En ese sentido, sería recomendable que los tratados de libre comercio no sólo se enfocarán en el fortalecimiento de la protección de la PI, sino que se negociara, aparte de tomar en cuenta el nivel de desarrollo del Estado miembro, los medios para instrumentar el derecho que se negocia. Es evidente que las normas de la 2ª generación de la PI, lo que están haciendo es americanizar el derecho, cuando no todos los Estados tienen las estructuras administrativas o judiciales de los estadounidenses. Lo que puede suceder, si no se hace, como de hecho sucede en México (se reformó la estructura jurídica, pero no la administrativa, la judicial, la educación, la preparación de los jueces, abogados, etcétera) simplemente no se cumple.

La negociación en secreto del TPP rompe con la prohibición de los tratados secretos que priva en derecho internacional público, además de que, cómo se ve en el caso mexicano, viola las leyes internas.