

LA TRANSNACIONALIZACION DE NORMAS LEGALES: APUNTES SOBRE EL CASO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Esteban Restrepo Uribe*

PRESENTACIÓN

La globalización es uno de los temas del momento, lo que lo hace difícil, porque denota fenómenos que de alguna manera nos afectan a todos –o sea que todos creemos saber de qué se trata– y porque ha sido leído de muy diversas maneras y desde perspectivas totalmente diferentes entre sí. Se habla de globalización de los fenómenos y procesos sociales, económicos y políticos, y lógicamente del derecho. Respecto de la globalización de este último puede decirse, en términos muy generales y para efectos funcionales, que se refiere a lo que Richard Rowlings¹ denomina la dimensión vertical de la expansión del derecho, a través de modelos supranacionales de regulación, atribución de derechos y ordenamientos legales privados que, a través de una serie de estándares y niveles institucionales y jurisdiccionales, generan demandas y tensiones con los sistemas e instituciones legales domésticas. Se trata, entonces, de procesos de expansión, adopción y a veces

imposición de normas y parámetros legales uniformes –en principio².

El propósito de este documento es llevar a cabo un ejercicio de reflexión sobre las consecuencias y costos que genera esta transnacionalización de parámetros y estándares legales, a partir de un caso concreto. Para este propósito se considera que el caso de la propiedad intelectual y las patentes en particular es particularmente apropiado por cuanto tiene como objeto regular la propiedad y explotación sobre el conocimiento, que a su vez tiene un lugar central en los debates sobre el rol de la tecnología en la globalización de la economía, y por que pocos temas han sido objeto de tan diversos intentos y procesos de colaboración y armonización a nivel internacional –tanto en el contexto global como en los regionales.

Todo lo anterior implica una justificación adicional, la de su actualidad. A riesgo de simplificar demasiado, puede decirse que los de armonización de los sistemas de propiedad

intelectual se originaron hace unos cien años más o menos y los debates y reflexiones de hoy en día tienen mucho que ver sobre qué tan apropiados son estos sistemas para responder a las necesidades actuales de la economía global, dominada por grandes industrias basadas en el conocimiento. En este sentido, Lester Thurow³, por ejemplo, tomando como punto de partida los niveles alcanzados por la tecnología y su papel decisivo en la economía mundial de la actualidad, considera que actualmente el sistema de propiedad intelectual, caracterizado por ser uniforme y centralizado, no responde adecuadamente a los intereses actuales de los gobiernos, la industria y la sociedad en general, en materia de protección y acceso a la propiedad intelectual, y reclama la necesidad de cambiar a un sistema que ofrezca incentivos a los inventores, para compensar la caída de los fondos públicos para la investigación; garantizar que al menos el conocimiento científico básico siga siendo un bien público, y garantizar una adecuada protección de nuevas formas y variedades de invenciones, es decir, cómo responder a nuevos descubrimientos biológicos. ¿Qué significado tienen los derechos de autor, cuando los libros pueden bajarse de las librerías electrónicas?, por ejemplo.

* El autor asistió al primer diplomado internacional en análisis económico del derecho, organizado por el departamento de derecho económico en julio de 1997. Es profesor de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia.

¹ "Distinction and Diversity", en Rawlings, Richard (ed.). *Law, Society and Economy: centenary essays for the London School of Economics and Political Science, 1895 - 1995*. Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 22.

² Esto por cuanto es de esperar que como resultado de los procesos de recepción y adopción por parte de los Estados y de la aplicación por parte de jueces, funcionarios, abogados y en general la sociedad, resultarán a la postre diferencias que harán difusa esta característica.

³ "Needed: a new system of intellectual property rights". *Harvard Business Review*. September-October, 1997, pp. 94-103.

⁴ Para una presentación de esta discusión, ver: Suescún Melo, Jorge. "Régimen de los Derechos Incorporales", en *Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Tomo 1, Bogotá, Cámara de Comercio - Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1996, pp. 3-13.

⁵ Hoekman, Bernard y Kostecki, Michel. *The Political Economy of the World Trade System: from GATT to WTO*. Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 144.

Por supuesto, no es nuestro propósito ponderar los méritos o la pertinencia de las recomendaciones de Thurow, pero sí parece que ilustra el tipo de cuestiones que sugiere la cuestión de la eficacia y eficiencia de los sistemas de propiedad intelectual en el marco de las relaciones económicas internacionales. El propósito de este documento es analizar el papel de la transnacionalización de los sistemas de propiedad intelectual en el contexto de la Ronda de Uruguay, desde el punto de vista de la economía política y desde el punto de vista legal, tomando como base la dimensión económica de las patentes de invención en particular y de los derechos de propiedad intelectual en general.

LA DIMENSIÓN ECONÓMICA DE LAS PATENTES DE INVENCIÓN Y DE LA PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Desde una perspectiva meramente jurídica, los derechos que confieren las patentes de invención y los derechos de propiedad intelectual e industrial en general son considerados como una especie de propiedad privada, sobre bienes incorpóreos, que consisten en la capacidad de gozar y disponer de los bienes sobre los cuales recaen, y que consisten concretamente en la posibilidad de explotar dichos bienes⁴.

De estos bienes interesa, para efectos de este documento, el conocimiento en que consisten las invenciones. La racionalidad que subyace a la protección gubernamental de la propiedad intelectual se basa en la necesidad de proteger un cierto tipo de conocimiento dadas las características de éste. Lo que diferencia a las patentes de invención, los derechos de autor y sus conexos, los secretos y los diseños industriales, de las marcas de fábrica (los nombres comerciales), y las apelaciones de origen es que pese a su similitud, estas últimas figuras lo que buscan es incrementar la diferenciación de producto y suministrar mayor información al consumidor⁵.

Las patentes de invención en particular tienen que ver con el uso y aprovechamiento del conocimiento. Los derechos que confieren son en últimas una atribución de poder y autoridad a aquellos que poseen un conocimiento que se considera útil y por lo cual se le reconoce algún valor⁶.

En este sentido, la propiedad intelectual es una de las bases que sustenta la estructura del conocimiento como fuente de poder económico⁷.

El conocimiento como fuente de poder económico se refiere a: 1) las creencias y convicciones que fundamentan los arreglos y pactos políticos y económicos, aceptables para un grupo social en un momento determinado; 2) lo que es percibido como conocido por vía general por el grupo social, y 3) los canales a través de los cuales las creencias, ideas y demás manifestaciones del conocimiento son comunicados y transmitidos dentro del grupo social⁸.

El poder que proporciona el conocimiento es muy difuso y no puede ser cuantificado. Su ejercicio tiene una connotación negativa. Consiste en excluir a otros el acceso a un conocimiento determinado; su reconocimiento y la autoridad que confiere se basa en la consideración puramente subjetiva respecto de la importancia del contenido de cierto conocimiento y de su posesión⁹.

Como fuente de poder, la estructura de conocimiento comprende: 1) cómo se obtiene, o se descubre, un conocimiento en particular; 2) cómo se mantiene y

conserva dicho conocimiento; 3) los medios a través de los cuales se transmite, comunica y adquiere —¿por qué medios? ¿A quién? ¿Con qué limitaciones?—. Por consiguiente, el poder y la autoridad que se confieren a través de la asignación de los derechos de propiedad intelectual recaerán sobre aquellos que: 1) poseen o generan el conocimiento en cuestión; 2) se les ha encargado de su conservación, custodia y preservación, y/o 3) tienen el control sobre su comunicación o transmisión¹⁰.

Normalmente, el conocimiento sobre el cual recae este poder y autoridad es acumulativo y comunicable —es decir, que normalmente ha sido o generado originalmente por alguien más—. Por su misma naturaleza es un bien público, en el sentido que su posesión o propiedad no van a limitar, objetivamente hablando, su suministro a un tercero. Sin embargo, desde el punto de vista puramente económico no es un bien público, por cuanto el suministro del mismo a terceros va a representar una disminución de su valor para aquellos que ya lo tienen o poseen¹¹.

De otra forma, no se trata de un poder coercitivo, sino de un poder basado en el consentimiento. Se trata de una atribución voluntaria de autoridad, sobre la base de unas creencias compartidas y sobre el reconocimiento de su importancia, tanto para los individuos, como para la sociedad, de la forma particular que adopta cierto conocimiento en un momento determinado¹².

Algunos autores, aunque consideran que sí se trata de un bien público, de todos modos llegan a conclusiones similares. Hoeckman and Kostecki¹³, por ejemplo, sostienen esta posición teniendo en cuenta que las existencias del conocimiento no van a disminuirse con el uso que se haga de él, por lo cual el costo marginal por su difusión es cero. Es decir, desde un punto de vista estático, su costo de *allocation* es cero, sin embargo, en la medida en que una invención es, en últimas, el producto final de una inversión, compuesta por una serie de costos considerables, comenzando por la tecnología empleada, un valor de cero para el conocimiento que constituye dicha invención sería subóptimo, dado que desestimularía la investigación y el desarrollo, así como la expansión y el acceso al conocimiento.

La protección de la exclusividad sobre una forma particular de conocimiento, su acceso y difusión tuvo orígenes políticos que de alguna manera siguen siendo válidos y no pueden perderse de vista. A partir de 1648, con la firma del Tratado de Westfalia se reconoce el inicio del Estado Nación. La consolidación de su poder ocurrió en campos diferentes entre sí. El más estudiado es el militar, con la formación de ejércitos, que lógicamente no interesa en nada para nuestros propósitos. Otro, en cambio, fue el de la investigación científica, que ocurrió con la fundación de las academias inglesa y francesa de ciencias, y mediante el establecimiento de mecanismos

legales de propiedad intelectual, industrial y de patentes, es decir, que los Estados se abrogaron la potestad de reconocer privilegios y facultades a quienes generaran o produjeran, conservaran y preservaran el conocimiento, o controlaran su transmisión y comunicación¹⁴.

Las patentes de invención están ligadas a una noción particular de monopolio. En términos generales una patente de invención proporciona una oportunidad de carácter exclusivo para explotar un invento en un mercado determinado. Es el premio dentro de una especie de juego de azar. Los inventos y descubrimientos están ahí para ser realizados —por así decirlo— y los investigadores están ahí compitiendo para ello. El premio de la patente se otorga al primero que la solicite por que bien llevó a cabo el descubrimiento o invento, o bien es el primero en explotarlo; en tal evento, los demás competidores (investigadores o inventores) quedan en el camino junto con toda la inversión que hayan llevado a cabo. Aunque puede parecer un sistema injusto hasta cierto punto, este esquema ha respondido a la necesidad económica de generar investigación. Desde este punto de vista se considera que la investigación se desarrollaría muy lentamente, o simplemente no se llevaría a cabo¹⁵.

Es importante reconocer, sin embargo que esta no es una noción del todo aceptada. Horacio Spector¹⁶, por ejemplo, refuta esta relación con la idea de monopolio por cuanto encuentra que “[el] argumento de que los derechos derivados de las patentes de invención constituyen un monopolio es muchas veces utilizado, tanto ante los tribunales como en el área política para justificar el desconocimiento de tales derechos o la limitación de su alcance”, y porque mientras que la idea de monopolio está ligada a la pérdida de bienestar y de libertad, las patentes posibilitan la innovación tecnológica, promoviendo el bienestar ligado a esta última y ampliando, por consiguiente, las opciones para maximizar la libertad.

La caracterización anterior de las patentes permite entender por qué los sistemas legales que las regulan son un intrincado juego de reglas dirigido a buscar claridad, un mínimo retorno so-

cial y proporcionalidad en el mercado¹⁷. En principio, las patentes buscan incentivar y garantizar la divulgación de las invenciones y descubrimientos, a cambio de un monopolio temporal en favor del inventor. El objetivo último es hacer del conocimiento lo más accesible posible a la sociedad. Así lo afirmó la Suprema Corte de los Estados Unidos en la primera mitad de este siglo: el beneficio público es el elemento central del sistema legal de patentes¹⁸.

No obstante, algunos autores consideran que el sistema se ha distorsionado. En su opinión, actualmente los derechos del inventor se han colocado al centro del mismo, sobre la base de que el monopolio de los derechos de explotación deben garantizar al menos el retorno de la inversión llevada a cabo para la realización del invento o del descubrimiento en cuestión, y aunque éste se considera el estímulo para la investigación y desarrollo¹⁹ —sigue el argumento—, lo cierto es que no hay evidencia que soporte dicha afirmación²⁰, de manera que el beneficio público ya no cuenta de manera alguna.

La literatura económica de la primera mitad de este siglo también fue muy crítica de la protección a la propiedad intelectual y en particular de las patentes²¹. Von Hayeck ilustra adecuadamente este punto:

⁶ Strange, Susan. *States and Markets: an introduction to international political economy*. London, Pinter Pub., 1988.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Op. Cit.*, pp. 145-146.

¹⁴ *Ibid.* Lógicamente, este proceso aumentó la disparidad entre los ricos y pobres, en términos de poder y bienestar —es importante anotar también que en el fondo de lo que se trataba era de enfrentar y debilitar el poder de la Iglesia.

¹⁵ Cornish, W. R. "Judicial Legislation", en Rawlings, Richard. *Op. Cit.*, p. 367.

¹⁶ "Patentes de Invención y Bien Social", en LL, 1989 - C - 1291, reproducido en *Revista de Derechos Intelectuales*. Buenos Aires, Astrea.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Bigwajit Dahr y C. Niranján Rao. "La Vinculación de los Derechos de Propiedad Intelectual con el Comercio". *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia: Propiedad Intelectual en el Gatt*. Buenos Aires, 1997, pp. 131-162.

¹⁹ Research & Development - [R & D].

²⁰ Bigwajit Dahr y C. Niranján Rao. *Op. Cit.*

²¹ *Ibid.*

...The functioning of a competition not only requires adequate organization of certain institutions like money, markets and channels of information –some of which can never be adequately provided by private enterprises– but it depends, above all, on the existence of an appropriate legal system, a legal system designed both to preserve competition and to make it operate as beneficially as possible. It is by no means sufficient that the law should recognize the principle of private property and freedom of contract; much depends on the precise definition of the right of property as applied to different things. The systematic study of the forms of legal institutions which will make the competitive system work efficiently has been sadly neglected; and strong arguments can be advanced that serious shortcomings here, particularly with regard to the law of corporations and of patents, not only have made competition work much less effectively than it might have done, but have even led to the destruction of competition in many spheres...²².

Algunas posiciones extremas han llegado a hablar, incluso, de la paradoja de las patentes, en el sentido que no solo impiden el uso y aprovechamiento de la invención o descubrimiento por parte de la sociedad en general, sino que pueden llegar a limitar también el uso por parte del mismo titular de la patente en cuestión²³.

ROL DE LAS PATENTES DE INVENCIÓN Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

En la medida en que la propiedad intelectual y las patentes de invención hacen parte de las bases que constituyen los sistemas de conocimiento como fuente de poder económico, lógicamente son variables que influyen en las relaciones internacionales, y por ello no es gratuito que desde el siglo pasado –Convención de París de 1883– se estén llevando a cabo esfuerzos relativamente continuos, con miras a armonizar las reglas del

juego en la materia, sin perjuicio de que aún se siga resaltando el carácter esencialmente estatal de la protección de la propiedad intelectual²⁴.

Esta cuestión se ha analizado particularmente en el contexto de las llamadas relaciones Norte-Sur. En tal sentido, se ha argumentado que la armonización de normas iniciada a partir de la Convención de París de 1883 ha sido una variable determinante para limitar las posibilidades de desarrollo económico de los países industrializados, consolidando las posiciones privilegiadas de los más desarrollados:

“...Las disposiciones (del sistema de patentes internacional moderno) ... han alterado la naturaleza del otorgamiento de las patentes, partiendo de una concesión diseñada fundamentalmente para estimular la industria local a otra en la que el titular extranjero cuenta con más posibilidades de producir donde desee, y retener su monopolio patentario...” –Committee of the Judiciary, 85th Congress– “The International Patent System and Foreign Policy”, Washington, D. C., 1957²⁵.

Bigwhajit Dahr y C. Nivanjan Rao analizan la influencia del sistema internacional de patentes en los patrones de intercambio comercial entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo, a partir del papel de la tecnología en la dinámica de los flujos comerciales, con base en las teorías neo tecnológicas de Posner (Posner, M.V. “International Trade and Technical Change”, 13 *Oxford Economic Papers* (1961), que sostiene que las ventajas económicas a favor de los países del Norte se debe a la brecha tecnológica; que el mantenimiento de esta brecha se logra controlando el mercado tecnológico, y que esto se logra gracias a los sistemas legales prevalentes en materia de patentes y de propiedad industrial e intelectual²⁶.

Posner sostuvo que el comercio internacional surgió a partir de la diferencia entre lo que él dio en llamar naciones innovadoras y naciones imitadoras. Este concepto fue retomado por

Raymond Vernon [“International Investment and International Trade in Product Cycle”, 80 *Quarterly Journal of Economics* (May, 1966)] y Seev Hirsch [Hypotesis Regarding Trade Between Developing and Developed Countries”, en: H. Giersch (ed.). *The International Division of Labour*. Tubinger, Mohr, 1974], quienes la desarrollaron en términos del ciclo de vida de los productos: los productos más nuevos son producidos y comercializados por los países innovadores –más desarrollados– y a medida que la tecnología se vuelve más obsoleta, los centros de distribución y comercialización se desplazan hacia los países imitadores –menos desarrollados–. En un momento determinado el país innovador deja de emplear la tecnología en cuestión, de manera que los países imitadores van a depender de las importaciones para satisfacer las necesidades de producto, pues ya no va a estar en capacidad de imitarlo con éxito²⁷.

Es importante anotar que el modelo anterior se refería concretamente a los patrones de comercio internacional imperante en los años sesenta, en los que se consideraba que la transferencia de tecnología ayudaría a cerrar la brecha entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo, de manera que las actitudes hacia la propiedad intelectual y las patentes de invención tenían un papel importante en los procesos de industrialización de estos últimos, llevados a cabo entonces²⁸. Krugman (“A Model of Innovation Technology and the World Distribution of Income”, 87 *Journal of Political Economy* 2, 1979) aplicó este modelo a las relaciones Norte-Sur. Partió de la base que los países desarrollados –del Norte– tienen mayor capacidad económica que los países en vías de desarrollo –del Sur– para desarrollar y explotar nuevos productos; que el trabajo es el único factor de producción y que todos los productos se fabrican con la misma función de costo, y que la productividad de trabajo es la misma, sin consideraciones de espacio, es decir, sin importar si se trata del Norte o del Sur. De esta manera, las diferencias de productividad entre los países del Norte y los del Sur se explica en la capacidad de aquellos para producir nuevos productos y

mantener, por consiguiente, una mayor tasa de salarios.

En consecuencia de lo anterior, concluyen Bigwhajit Dahr y C. Nivanjan Rao, la función del sistema de patentes es contribuir al monopolio del Norte, en detrimento del Sur, en el mercado tecnológico. En este sentido alegan también que los acuerdos alcanzados en la Ronda de Uruguay sobre propiedad intelectual²⁹ no hace sino acentuar y perpetuar la existencia de dicha brecha tecnológica, de modo que, gracias a ello, los países del Norte exportarán productos más avanzados en tecnología, dejando a los del Sur la exportación de los productos que abandonen aquellos por su obsolescencia³⁰.

¿Cuáles son las disposiciones del TRIPs que soportan este argumento? En primer lugar, se pretende armonizar y uniformar las reglas y estándar sobre patentes. Según el artículo 2º, “[en] lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo cumplirán los artículos 1º a 9º del Convenio de París”. En segundo lugar, se aplica el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio previsto también para los casos relacionados con productos y con servicios.

En cuanto a la armonización y uniformidad del régimen de patentes, se tiene que, en la medida en que la propiedad intelectual sea esencial para los esquemas ha adoptado el fenómeno de la globalización en la actualidad, el acuerdo TRIPs amplía el espectro de las materias patentables; amplía el término para el otorgamiento de las patentes y rompe con el sistema de licenciamiento obligatorio establecido en la Convención de París para prevenir la no explotación de alguna patente por parte de su titular.

²² *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944, p. 43.

²³ Bigwhajit Dahr y C. Nivanjan Rao. *Op. Cit.*

²⁴ En este sentido, Cornish, W. R., *Op. Cit.*

²⁵ Extractado de Bigwhajit Dahr y C. Nivanjan Rao. *Op. Cit.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ En adelante TRIPs - Trade Related Intellectual Property Rights.

³⁰ Bigwhajit Dahr y C. Nivanjan Rao. *Op. Cit.*

En cuanto a las materias patentables, según el artículo 27.1., "... las patentes se podrán obtener ... por el lugar de la invención, el campo de la tecnología...". Aunque el artículo 27.3 (b) permite excluir las plantas y los animales —excluidos los microorganismos— dichas excepciones deberán reversarse después de 4 años. En segundo lugar, se permite el otorgamiento de patentes a los procedimientos para elaborar productos, o al producto mismo, más allá del procedimiento empleado. En tercer lugar, en el caso de infracciones a patentes de procedimiento, las autoridades pueden solicitar que el demandado pruebe que el procedimiento en cuestión es diferente al procedimiento patentado (art. 34.1) y establece una presunción en el sentido que, salvo prueba en contrario, todo producto idéntico producido por cualquier parte sin el consentimiento del titular de la patente se considera ha sido obtenido mediante el procedimiento previamente patentado, si se trata de alguna de las siguientes circunstancias: a) el producto obtenido por el procedimiento patentado es nuevo; b) existe una probabilidad substancial de que el producto idéntico ha sido fabricado mediante el procedimiento patentado y el titular de la patente no puede establecer mediante esfuerzos razonables cuál ha sido el procedimiento efectivamente utilizado (art. 34.2).

Aunque el artículo 65.4 ofrece un período de transición en favor de los países en vías de desarrollo que no reconocen previamente patentes de productos farmacéuticos y agroquímicos, para cambiar a un sistema de patentes de productos en un término de diez años, este período transicional pierde todo su efecto en la medida en que el artículo 70.8 establece que en aquellas áreas en las cuales en el pasado solo se otorgaban patentes de procedimiento, a la entrada en vigor del acuerdo TRIPs las autoridades nacionales tendrán que aceptar solicitudes de patentes de productos, sin consideración alguna con las disposiciones de la legislación doméstica³¹, y a continuación se establece la concesión de derechos exclusivos sobre dichas solicitudes, por un período de cinco años —art. 70.9³².

En cuanto a la duración de las patentes, el artículo 33 uniforma este término en 20 años, lo que para algunos³³ simplemente refuerza el monopolio para su explotación, reafirmando el sistema, en tanto en cuanto no hay hoy en día una tecnología con un período de obsolescencia tan extenso.

En cuanto a las condiciones para la explotación de las patentes, se anota³⁴ como bajo el régimen de la Convención de París se había establecido un régimen de licenciamiento obligatorio —en el evento que el titular de la patente decidiera no explotarla, se autorizaba a las autoridades que la habían otorgado a emitir licencias en favor de quienes decidieran explotarla—, que se elimina en el caso del acuerdo TRIPs, a lo que se agregan las disposiciones del artículo 27.1, que establece como condiciones de explotación, que la patente no esté sujeta a "... discriminación por el lugar de invención, el campo de la tecnología, o el hecho que los productos sean importados o producidos

³¹ "Cuando en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo por el cual se establece la OMC un Miembro no conceda protección mediante patente a los productos farmacéuticos ni a los productos químicos para la agricultura de conformidad con las disposiciones del artículo 27 [que establece la patentabilidad], ese Miembro: i) ... establecerá desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo ... un medio por el cual puedan presentarse solicitudes de patentes para esas invenciones; ii) aplicará a esas solicitudes los criterios de patentabilidad establecidos en este Acuerdo como si tales criterios estuviesen aplicándose en la fecha de presentación de las solicitudes ante dicho Miembro ... iii) establecerá la protección mediante patente de conformidad con el presente Acuerdo desde la concesión de la patente y durante el resto de duración de la misma, contado desde la fecha de presentación de la solicitud de conformidad con el artículo 33 del presente Acuerdo, para las solicitudes que cumplan los criterios de protección a que se hace referencia en el apartado ii) *supra*".

³² "Cuando un producto sea objeto de una solicitud de patente en un Miembro de conformidad con el párrafo 8 i) *supra*, se concederán derechos exclusivos de comercialización ... por un período de cinco años, contados a partir de la aprobación de comercialización en ese Miembro, o hasta que se conceda o rechace una patente de producto en el Miembro si este período fuera más breve, siempre que, con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, se haya presentado una solicitud de patente, se haya concedido una patente para ese producto y se haya obtenido la aprobación de comercialización en otro Miembro".

³³ Bigwhajit, Dahr y C. Nivanjan, Rao, *Op. Cit.*

³⁴ *Ibid.*

en el país”; el 28, que el derecho de importación de los productos a que se refiere la patente en cuestión debe incluirse como exclusivo del titular de la patente; el 31 [f], que permite al titular de una patente imponer restricciones en los contratos de licencia, que impidan la producción del producto con fines de exportación, y el 31 [g], que posibilita al titular a revocar licencias en los eventos en los que desaparezcan las circunstancias que dieron lugar a las mismas y no sea probable que vuelvan a darse.

CONSIDERACIONES SOBRE LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE PATENTES Y PROPIEDAD INTELECTUAL DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL

Como se anotó anteriormente, el de la propiedad intelectual ha sido uno de los campos más fértiles para la cooperación internacional, con una historia en este campo de más o menos cien años, tanto a nivel global como regional –bloques– y como bilateral³⁵.

³⁵ El siguiente cuadro extractado de Hoekman, Bernard y Kostecki, Michel. (*Op. Cit.*, p. 150) relaciona en orden cronológico los principales acuerdos en materia de propiedad intelectual, a nivel global:

Acuerdo	Descripción	Administrador del acuerdo
Convención de París* (1883; 129 firmantes; revisada en 1967)	Protección de patentes, marcas; nombres comerciales; modelos de utilidad; diseños industriales; indicaciones de origen o de apelación; represión de competencia desleal.- permite el licenciamiento obligatorio.	WIPO
Convención de Berna* (1886; 111 signatarios; revisada en 1971)	Tratado base sobre derechos de reproducción, basado en los principios no discriminación y tratamiento nacional (como la Convención de París).	WIPO
Acuerdo de Madrid (1891; 31 signatarios)	Permite el decomiso de productos importados que porten una indicación de origen falsa.	WIPO
Convención Universal de Derechos de Reproducción (1952; 57 signatarios)	Tratado sobre derechos de reproducción que acomoda los requisitos legales de Estados Unidos y se basa en los principios de no discriminación y de tratamiento nacional.	UNESCO
Acuerdo de Lisboa (1958; 17 signatarios)	Protección de la apelación de origen.	WIPO
Convención de Roma* (1961; 47 signatarios)	Protección de los derechos relacionados (ejecutores; productores de fonogramas; organizaciones de emisores).	ILO, UNESCO, WIPO
Convención de Ginebra (1971; 52 signatarios)	Protección a los productores de fonogramas contra la fabricación de duplicados en otro país.	WIPO, ILO, UNESCO
Tratado IPIC* (1989; 8 signatarios)	Tratado sobre la propiedad intelectual respecto de circuitos integrados - en marzo de 1995 no había entrado en vigor.	WIPO

Los acuerdos marcados con * son referidos expresamente en el Acuerdo TRIPS.

Los procesos actuales de transnacionalización de normas legales están muy relacionados con el desarrollo de los procesos de liberalización de las economías y las reformas democráticas³⁶ y en el caso de la expansión, propagación e imposición de criterios, estándares y patrones uniformes de normas de propiedad intelectual, el proceso está explícitamente asociado con las economías de mercado y en últimas, si se quiere, con las actuales formas de expansión del capitalismo, con la advertencia de que toda lectura que se haga de este caso debe tener en cuenta, a un mismo tiempo, factores económicos, políticos, históricos, culturales y aun religiosos³⁷.

La adopción de reformas económicas y políticas para reforzar o establecer economías de mercado³⁸, requieren de reglas objetivas que sean claras, transparentes, viables, eficaces, eficientes y estables, junto con un conjunto de instituciones –tanto a nivel estatal y gubernamental, como de

³⁶ Ver, entre otros, Cornish, p. 362 y Boaventura De Souza Santos. “La Transnacionalización del Campo Legal”, en Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. *El Nuevo Orden Global: dimensiones y perspectivas*. Bogotá, Universidad Nacional, 1996, pp. 227-238.

³⁷ Ver, Boaventura De Souza Santos. *Op. Cit.*, para quien los principales factores para considerar son: la posición dominante o subordinada de los países objeto de estudio en el sistema global; la forma de entrada de dichos países a la modernidad –porque refiere la globalización y la transnacionalización a este concepto– y la familia legal en la cual se inscriben los sistemas legales de dichos países.

³⁸ Que han tenido lugar con ocasión del fin de la guerra fría, principalmente.

sociedad civil— con autoridad e independencia suficientes para hacerlas efectivas. Dos objetivos comunes de ambas condiciones, y que están directamente relacionados con la propiedad intelectual es la garantía de los derechos de propiedad y el establecimiento de reglas de juego confiables y transparentes que promuevan el mercado mismo y reduzcan al mínimo posible los costos de transacción en éste.

Dentro de estos procesos, el activismo judicial, entendido como el papel de los jueces, tribunales y cortes en la generación e interpretación del derecho, en la aplicación de sus fuentes a casos concretos, es de interés principal, porque la relación entre legislación positiva y *case law* es tal vez la manera más obvia a través de la cual el derecho evoluciona y se desarrolla para adecuarse y responder a condiciones y situaciones sociales cambiantes³⁹.

El caso de la propiedad intelectual es bien interesante en este sentido por cuanto los desarrollos normativos simultáneos que se dan tanto a nivel local —doméstico—, regional —bloques económicos— y global han generado una red compleja de sistemas normativos y de tribunales que en determinado momento pueden llegar a ser aplicables, los unos, y a tener jurisdicción y competencia, los otros, en la solución de caso en particular.

W. R. Cornish⁴⁰ llama la atención sobre los conflictos potenciales que generan la multiplicidad de regímenes legales al interior de los países miembros de la Unión Europea —particularmente con referencia a la Convención Europea de Patentes de 1973 y a la Convención Comunitaria sobre el mismo tema de 1975 (aunque esta última requiere ser implementada directamente, ha influido notablemente en el contenido de las legislaciones domésticas de Europa occidental)—, en especial en lo que tiene que ver con las acciones contra los procesos de otorgamiento de las patentes y contra las patentes otorgadas durante los 20 años de su duración, por el hecho que se encuentran dos estructuras normativas y jerarquías judiciales diferentes: las que giran alrededor de la Oficina Europea de Patentes y las internas de cada país.

Adicionalmente, está la cuestión de la aplicación del sistema de controversias de la OMC, que es aplicable al Acuerdo TRIPs. Comparativamente hablando se ha considerado⁴¹ que las normas de éste son mucho más específicas que las de otras

convenciones como las de París, Berna o Roma, en el sentido que incluye mecanismos mucho más estrictos que para garantizar la aplicación de los derechos allí establecidos, tales como *injuctions*, embargos, y hasta acciones penales, que en todo caso deben ser expeditos, justos, equitativos, y evitar ser innecesariamente complejos, costosos o demorados.

Por consiguiente, se comprende que en la medida en que un particular nacional de un país miembro de la Unión Europea tenga acceso al gobierno de su país y logre que éste lleve el reclamo ante la OMC, se abre la posibilidad de que el litigio internacional opere en beneficio de intereses privados, de carácter subjetivo, cuando las negociaciones previas han fallado⁴², en una forma similar a como operan los mecanismos de la institución de la protección diplomática, con la diferencia que en el caso de la OMC y los TRIPs los mecanismos de solución de controversias se caracterizan por tener una base negociada y de retaliación —“yo protejo tu atún, si tú proteges mis micro chips”—⁴³.

En este escenario la pregunta que surge tiene que ver con qué tan inaceptable o no es la decisión de un tribunal que está en un nivel totalmente diferente del de las partes a un conflicto. Cornish⁴⁴, se enfoca en el papel de la Corte Europea de Justicia, y su preocupación tiene que ver principalmente con que en algunos casos de propiedad intelectual la Corte simplemente ha formulado preguntas sobre la aplicación de las normas, dejando a los tribunales que han remitido el caso la decisión definitiva, lo que, desde una perspectiva práctica de acceso a la justicia y desde el punto de vista de las partes, deja a éstas en tierra de nadie, sujetas a su capacidad financiera para continuar con el litigio, y se cuestiona hasta donde la jurisprudencia de la Corte (Europea) siempre se ha enmarcado dentro de los ideales de *procedural fairness* y justicia individual que ocasionalmente trata de imponer, sin otra fuente jurídica que las tradiciones constitucionales comunes a todos los Estados miembros.

Como se ha visto en este documento, hay una diversidad de intereses económicos en torno a la función de las patentes y de la propiedad intelectual en general, que compiten entre sí, a través de un

intrincado juego de instancias judiciales. El resultado de dicho juego es difícil de predecir. Aunque Cornish⁴⁵ considera que los problemas que generan la multiplicidad de jurisdicciones son indeseables en materias tales como la propiedad intelectual, en últimas considera que a nivel de la Unión Europea estas dificultades tienen solución; su principal preocupación es, en cambio, hasta se está preparado para poner la resolución de los conflictos en torno a la ley mundial del comercio (la normatividad de la OMC y la Ronda de Uruguay), en tribunales de arbitramento cuyas decisiones puedan ser puestas en entredicho por procesos políticos de negociación en los que el más fuerte tiene las de ganar. En estrecha relación con lo anterior, también vale la pena mencionar la preocupación con la capacidad de estos paneles para adoptar decisiones por fuera de las instituciones políticas de los Estados que en un momento dado se vean envueltos en una disputa de esta naturaleza en particular, y que tales decisiones van a repercutir, en últimas, en el contenido de las reglas domésticas de los Estados.

No obstante lo anterior, el hecho es que tales paneles todavía no han empezado a funcionar en el campo de la propiedad intelectual, que por consiguiente no se puede decir nada sobre la capacidad, calidad y habilidad, conocimiento y experiencia de los miembros de éstos; que se trata de obligaciones originadas en fuentes del derecho internacional, respecto de las cuales no todos los Estados demuestran las mismas actitudes, tradición y disposición en el cumplimiento, reconocimiento y respeto de las mismas, y que además de los intereses económicos envueltos en estas decisiones hay diferencias culturales –creencias y actitudes e identidad– que se reflejan en tradiciones jurídicas diferentes que a su vez explican las diferentes percepciones sobre la propiedad y el acceso al conocimiento, por ejemplo, que influyen necesariamente sobre los desarrollos de estas instituciones legales.

³⁹ Cornish. *Op. Cit.*, pp. 362, 364-365.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Ver Hoeckman y Kostecki. *Op. Cit.*, pp. 44-50.

⁴⁴ Cornish. *Op. Cit.*, pp. 365-367.

⁴⁵ *Op. Cit.*, pp. 369-370.

PUBLICACIONES

Es propósito del departamento, desarrollar espacios de divulgación de las temáticas relacionadas con su área de estudio, razón por la cual se ha implementando la estructura de apoyo necesaria para el cumplimiento de este objetivo.

La propuesta que se elaboró dentro de este marco se recoge en cuatro aspectos que se desarrollarán (en su primera etapa) en los siguientes términos:

1. CON-TEXTO, Revista de Derecho Económico:
Publicación de periodicidad trimestral, el presente es el primer número.
2. PUBLICACIONES DE AREAS ESPECIALIZADAS
 - 2.1. El Supervisor:
Boletín trimestral coordinado por la Especialización en Supervisión y Control, sobre temas relacionados con el área, desarrollados por reconocidos especialistas. Actualmente se encuentra en programación su tercera entrega.
 - 2.2. Escritos de Derecho económico:
Textos breves y variados de los profesores de la Especialización en Derecho Económico.
3. MEMORIAS
 - 3.1. Conferencias y seminarios:
Memorias de los diferentes seminarios y conferencias desarrolladas por el departamento.
 - 3.2. Centros de Estudios:
Colecciones de los Centros de Estudios de Derecho Económico (desde 1995) y de Supervisión (desde 1997).
4. PROYECTO ESPECIAL
Libro del departamento.