

# LEGITIMIDAD Y FINALIDAD DE LOS CAPÍTULO DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO (TLC)

---

SUSY FRANKEL\*

## I. INTRODUCCIÓN

Este capítulo trata del papel y la función de la propiedad intelectual en los Tratados de Libre Comercio (TLC). En los últimos años hemos presenciado un auge de los TLC, mientras las negociaciones multilaterales de comercio se han estancado. Solamente los Estados Unidos de América han firmado no menos de dieciséis TLC desde 2001, con distintos grados de acentuada protección de la propiedad intelectual. Pero la búsqueda de los TLC no se limita a los países desarrollados; los países en desarrollo también los persiguen vigorosamente, aunque no tienden a contener mejoras en los estándares de propiedad intelectual. Muchos TLC contienen capítulos sobre propiedad intelectual. Algunos de esos capítulos simplemente reafirman los estándares del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>1</sup> y otros se orientan a ampliar el cubrimiento y alcance de los derechos internacionales de propiedad intelectual. Aunque aparentemente los TLC florecen, las negociaciones sobre propiedad intelectual en el Consejo de los ADPIC<sup>2</sup>, como el resto de las negociaciones multilaterales de comercio están prácticamente paralizadas. Los temas en la agenda del Consejo de los ADPIC incluyen la ampliación de las indicaciones geográficas, una revisión del Artículo 27.3 del Acuerdo sobre los ADPIC que permite ciertas exclusiones de patentabilidad<sup>3</sup>, y una revisión de las coincidencias entre la Convención sobre la

\* Profesora de Derecho, Universidad Victoria de Wellington, Nueva Zelanda. Correo-e: (susy.frankel@vuw.ac.nz). Fecha de recepción: 15 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 3 de agosto de 2011.

1. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (15 abril de 1994), Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio, Anexo 1C, Instrumentos Legales – Resultados de la Ronda Uruguay (1994), vol. 31(33) I.L.M. p. 81 (Acuerdo sobre los ADPIC).

2. El Consejo de los ADPIC es el órgano establecido dentro de la OMC para negociar cambios en el Acuerdo sobre los ADPIC.

3. Acuerdo sobre los ADPIC, nota al pie *arriba*, Artículo 27.3 permite a los miembros excluir de patentabilidad (a) métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de humanos y (b) animales y plantas distintas de microorganismos.

Diversidad Biológica<sup>4</sup> y el Acuerdo sobre los ADPIC<sup>5</sup>. Como estas negociaciones avanzan lentamente y otros temas de propiedad intelectual ni siquiera figuran en la agenda, no es extraño que tanto quienes apoyan como quienes se oponen a ampliar los derechos de propiedad intelectual traten de alcanzar sus objetivos en otros foros. Para los que buscan ampliarlos, el camino más eficaz para alcanzar su propósito es el de los TLC<sup>6</sup>. La Parte II trata de la relación entre los capítulos sobre propiedad intelectual y el sistema multilateral de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que facilita los TLC. En particular, se explica la cláusula sobre Nación Más Favorecida (NMF) del Acuerdo TRIPS que afecta la adopción de los TLC, y la compara con la NMF en el GATT<sup>7</sup> y el GATS<sup>8</sup>. La Parte III examina los límites racionales de la propiedad intelectual en el contexto comercial, particularmente respecto al objeto y la finalidad del Acuerdo TRIPS. La Parte IV ofrece ejemplos ilustrativos de TLC que tienen elementos ADPIC-plus, y la Parte V se refiere a la forma en que dichos TLC impulsan la agenda del ADPIC-plus. La Parte VI se ocupa del impacto del TRIPS-plus en pequeños países desarrollados con economías de mercado. Aunque sus tamaños son diferentes, tanto Nueva Zelanda como Australia pueden ajustarse a esta descripción si se les compara, por ejemplo, con los Estados Unidos o la Unión Europea. Este capítulo sugiere que la actual ola de ADPIC-plus en los TLC no es sostenible ni deseable a largo plazo. La última parte trata de algunos enfoques alternativos para el uso de los TLC en la negociación de normas sobre los ADPIC.

## II. RELACIÓN CON EL SISTEMA MULTILATERAL

### A. PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS TLC Y NMF

El Artículo XXIV del GATT y el Artículo V del GATS contemplan excepciones a la cláusula de NMF que forman parte de los incentivos económicos para los TLC. La disposición del GATT permite que la excepción de NMF opere en dichos acuerdos sobre la base de que ‘se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas’<sup>9</sup>. La norma del GATS permite realizar acuerdos entre los miembros para liberalizar el comercio de servicios siempre que dichos acuerdos,

4. Convención sobre la Diversidad Biológica, junio 5, 1992, 1760 U.N.T.S., p. 143.

5. Ver OMC ADPIC: cuestiones “Artículo 27.3b, conocimientos tradicionales y biodiversidad”, en [[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/art27\\_3b\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_s.htm)], última visita en mayo 15, 2007.

6. Muchos tratados bilaterales sobre inversiones también incluyen los derechos de propiedad intelectual como inversiones, y este también es un método para aumentar la protección de los derechos de propiedad intelectual. Este capítulo está enfocado en los TLC.

7. Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio (GATT), octubre 30, 1947, 55 U.N.T.S., p. 194.

8. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), Acuerdo OMC, Anexo 1B.

9. GATT, art. XXIV 8 (b). Existe, por supuesto, amplio debate acerca de si muchos TLC en realidad cumplen con este estándar.

entre otras condiciones, ‘tengan una cobertura sectorial sustancial’<sup>10</sup>. En el Acuerdo sobre los ADPIC no se encuentra la excepción de NMF equivalente. La consecuencia más analizada de esto es que los TLC son utilizados para aumentar los estándares de propiedad intelectual<sup>11</sup>. Los efectos de ese aumento de los estándares son de largo alcance y, por lo tanto, las razones de la ausencia de una excepción de NMF merecen un mayor escrutinio.

En el contexto de bienes, la NMF puede ser caracterizada como una herramienta para disminuir las tarifas aduaneras y otras barreras, pero en el contexto de propiedad intelectual se ha convertido en una herramienta para aumentar la protección. El aumento de la protección de la propiedad intelectual no fue el fundamento abiertamente declarado para incluir la cláusula de NMF en el Acuerdo sobre los ADPIC. La historia de la elaboración del Acuerdo sobre los ADPIC sugiere que, principalmente, la inclusión de la NMF en el contexto ADPIC fue justificada como un medio de aplicar la ‘disciplina del GATT’ a la propiedad intelectual<sup>12</sup>.

Los borradores del Acuerdo sobre los ADPIC, en particular el borrador de Bruselas y el borrador del Presidente en 1990, incluyeron en la cláusula de NMF algo cercano a una exención de NMF<sup>13</sup>. Esta cláusula no fue incluida en el ‘borrador Dunkel’ de la Ronda Uruguay de 1991<sup>14</sup>. La exención relevante del borrador sobre la aplicación de NMF estableció:

...que exceda las obligaciones de este Acuerdo y se contemple en un acuerdo internacional al cual pertenezca la parte interesada, siempre que dicho acuerdo esté abierto a la adhesión de todas las partes de este Acuerdo, o que dicha Parte esté dispuesta a extender dicho favor, ventaja, privilegio o inmunidad, en términos iguales a los de los acuerdos, a los nacionales de cualquiera otra parte que los soliciten y a iniciar negociaciones de buena fe con este fin.

Sin duda, hubo opiniones diferentes acerca de si esta exención de NMF debió ser incluida o no. En todo caso, el papel largamente establecido de la NMF y la exención de NMF en los TLC en el contexto del GATT no se traslada fácilmente a la propiedad intelectual. La NMF no fue una herramienta de los acuerdos multilaterales sobre propiedad intelectual antes de los ADPIC. Y, por supuesto, como no existía la cláusula de NMF en los acuerdos multilaterales pre-ADPIC, no se necesitaba la exención

10. GATS, Artículo VI (a).

11. Ver, por ejemplo, Peter Drahos (s.f.), donde acuña la frase “el trinquete global a la propiedad intelectual”.

12. El preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC contempla: ‘Reconociendo... la aplicabilidad de los principios básicos del GATT 1994’.

13. Para una explicación de la historia de la elaboración de los acuerdos de los ADPIC y el significado de cada uno de estos borradores, ver Daniel Gervais (2003: 10–26).

14. Borrador del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, incluyendo el comercio en bienes falsificados contenido en el ‘Borrador Dunkel’ (mtn.tnc/w/fa) diciembre 20, 1991: ver nota al pie Gervais 13 arriba, p. 103.

de NMF. Más notablemente, ni la Convención de Berna<sup>15</sup> ni la Convención de París<sup>16</sup>, que son tratados incorporados al Acuerdo sobre los ADPIC, contienen cláusulas de NMF<sup>17</sup>. Estos dos tratados, sin embargo, estimularon ‘arreglos especiales’ de mayor protección entre sus miembros<sup>18</sup>. Esos arreglos especiales constituyen excepciones permitidas según el tratamiento nacional del Acuerdo sobre los ADPIC y las disposiciones de NMF<sup>19</sup>. Las Convenciones de Berna y París han funcionado sobre la base del trato nacional<sup>20</sup>, por el cual la ley interna de un país se aplica a todos los asuntos de propiedad intelectual dentro de un territorio sin considerar el origen de la obra protegida por la propiedad intelectual<sup>21</sup>. En la mayoría de las jurisdicciones, la ley interna se aplica a los otros miembros de dichas convenciones internacionales y, de este modo, los únicos extranjeros que no reciben el beneficio de la ley interna son aquellos que no pueden reclamar la aplicación de las convenciones de Berna o París.

Otro aspecto importante digno de señalar respecto de la propiedad intelectual internacional es que el trato nacional no funciona solo y está acompañado de estándares mínimos. Los acuerdos de estándares mínimos exigen la adopción de dichos estándares en el derecho interno, los cuales son aplicados entonces sobre la base del trato nacional. Sin estándares mínimos el trato nacional podría significar que, por ejemplo, los ciudadanos del país A se beneficiaran ampliamente de la protección de la propiedad intelectual en el país B sin que el país A tuviera que otorgar protección alguna a la propiedad intelectual. Se puede decir que la norma internacional de propiedad intelectual pre-Acuerdo sobre los ADPIC es la combinación de trato nacional y estándares legales mínimos en los tratados, como las convenciones de Berna y París.

Un TLC puede acordar que esas leyes sean llevadas a un estándar más extenso que el Acuerdo sobre los ADPIC. En cualquier régimen legal nacional habrá una ley y el tratamiento nacional operará, en su mayor parte, para asegurar que la ley

15. Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (‘Convención de Berna’), julio 24 de 1971, (texto de París), 1161 U.N.T.S., p. 3.

16. Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial (‘Convención de París’), (texto de Estocolmo 1967), 828 U.N.T.S., p. 305.

17. Algunos Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) tienen cláusulas de NMF, y dichos TBI pueden designar la propiedad intelectual como una forma de inversión o incluir disposiciones sobre propiedad intelectual.

18. Ver nota al pie sobre Convención de Berna 15 *arriba*, Artículo 20, que dispone: ‘Los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio’ y Convención de París, nota al pie 16 *arriba*, artículo 19, ‘Queda entendido que los países de la Unión se reservan el derecho de concertar separadamente entre sí arreglos particulares para la protección de la propiedad industrial, en tanto que dichos arreglos no contravengan las disposiciones del presente Convenio.’

19. Ver Acuerdo sobre los ADPIC, nota al pie 1 *arriba*, Artículo 3.1 para la excepción de tratamiento nacional y Artículo 4(b) para la exención de NMF.

20. El tratamiento nacional en tratados bilaterales adoptó diferentes formas de reciprocidad material y formal. Ver Sam Ricketson y Jane Ginsburg (2005: 25-26).

21. Hay unas pocas excepciones al tratamiento nacional en la Convención de Berna. Ver Ricketson y Ginsburg, nota al pie 20 *arriba*, pp.319-321.

se aplique a todos<sup>22</sup>. La mayoría de las posibles clases de discriminación serán así evitadas mediante dicho sistema. En la mayoría de los casos la NMF no es necesaria para que la ley interna se aplique a los extranjeros. La única excepción sería aquella en la que un extranjero tiene un mayor derecho de propiedad intelectual que los nacionales. Instancias como esta son raras. Pero cuando ocurren, la NMF opera para asegurar que exista un tratamiento igual entre extranjeros<sup>23</sup>. En resumen, los acuerdos bilaterales pre-ADPIC tienen la exención de NMF pero los acuerdos bilaterales post-ADPIC no la tienen.

Como un principio general de derecho internacional, los Estados son libres de negociar entre ellos protección ADPIC-plus, a no ser que contraten no hacerlo. Un contrato para no hacerlo no ha sido parte del marco de propiedad intelectual pre o post Acuerdo sobre los ADPIC, que contempla explícitamente la capacidad de emplear estándares más altos. Por lo tanto, algunos miembros del Acuerdo sobre los ADPIC contemplan estándares más altos en su ley interna y en los TLC. Las partes de esos TLC contratan la adopción de estándares más altos o acuerdan en términos más generales aplicar los estándares internacionales más altos de propiedad intelectual. Esta terminología está diseñada para capturar estándares en evolución, así como los estándares que existían en el momento en que se acordó el TLC.

Aunque la cláusula de NMF permite que los TLC eleven los estándares de propiedad intelectual, antes del Acuerdo sobre los ADPIC existía la posibilidad de elevarlos bilateralmente. En efecto, al bilateralismo se le considera con frecuencia como la causa de las convenciones de Berna y París<sup>24</sup>. Pero la adición de la NMF aumenta el efecto de desbordamiento del bilateralismo hacia las normas internacionales. Además, la fuerza del Acuerdo sobre los ADPIC en el marco de la OMC, junto con los procedimientos de solución de controversias, hace más probable este flujo hacia las normas internacionales<sup>25</sup>. Se puede poner en duda si este método de protección de la propiedad intelectual es o no es apropiado en la era post-Acuerdo sobre los ADPIC, porque transforma el papel universalmente entendido de la NMF al convertirla en una herramienta para aumentar las normas sobre propiedad intelectual sin negociaciones multilaterales. Se puede entender mejor este efecto si se considera por qué el Acuerdo sobre los ADPIC, y en el mismo sentido, también las Convenciones de Berna y París, permiten que los miembros tengan estándares más altos que los estándares mínimos del Acuerdo.

22. Ver Acuerdo sobre los ADPIC, nota al pie 1 *arriba*, Artículo 3.

23. Para más información, ver Susy Frankel (2006: 382-384).

24. Ver Ricketson y Ginsburg, nota al pie 20 *arriba*, Capítulo 1.

25. Ver Parte V *más adelante*.

B. POR QUÉ EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC PERMITE  
A LOS MIEMBROS DAR UNA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA

1. *Un reflejo del status quo*

El Acuerdo sobre los ADPIC declara expresamente que los miembros pueden dar niveles más altos de protección<sup>26</sup>. De este modo, el Acuerdo exige estándares legales mínimos para que los miembros no puedan otorgar en su derecho interno una protección menor que los estándares acordados, pero aquéllos pueden otorgar una protección más amplia. Es importante señalar que los acordados son estándares mínimos en lugar de máximos u óptimos. Los estándares mínimos han sido utilizados durante algún tiempo en los acuerdos sobre propiedad intelectual. Tienen muchas funciones, entre ellas la posibilidad de estándares mayores tanto en el ámbito interno como bilateralmente. El mantenimiento de estándares mínimos en el Acuerdo sobre los ADPIC se debe en parte a que en el tiempo de la negociación los miembros tenían niveles de protección diferentes. La mayoría de los países desarrollados tenían en su derecho interno estándares del nivel del Acuerdo sobre los ADPIC o ADPIC-plus. Para cumplir con el Acuerdo sobre los ADPIC se necesitaron algunos cambios en el derecho interno de los países desarrollados, pero estos cambios fueron insignificantes en comparación con los que requirieron los países en desarrollo para cumplir con el Acuerdo sobre los ADPIC. El Acuerdo sobre los ADPIC debe ser visto como el más alto nivel de protección de la propiedad intelectual que sus proponentes pudieron negociar multilateralmente en su momento<sup>27</sup>.

El Acuerdo sobre los ADPIC atrinchera efectivamente el marco de estándares mínimos para mantener viva la negociación en busca de estándares más altos. Es equivocada cualquier creencia de que aquel representa alguna forma de nivel máximo, óptimo, o siquiera estático de protección de la propiedad intelectual<sup>28</sup>. Declaraciones del representante comercial de los Estados Unidos sí sugirieron que el Acuerdo sobre los ADPIC frenaría nuevos incrementos bilaterales<sup>29</sup>. Sin embargo, la búsqueda de estándares más altos estaba en plena marcha en el derecho interno y en otros organismos internacionales cuando se adoptó el Acuerdo sobre los ADPIC.

26. Acuerdo sobre los ADPIC, nota al pie 1 *arriba*, Artículo 1.1.

27. *Ver en general*, Gervais, nota al pie 13 *arriba*, Parte I.

28. Ver Bryan Mercurio '*TRIPS-plus Provisions in FTAs: Recent Trends*' en Lorand Bartels, Federico Ortino (edits) *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System* (Oxford University Press, 2006) p. 215, que comienza con la declaración: 'Muchos creyeron que la introducción de estándares mínimos... mediante el ADPIC aplacó en forma suficiente las demandas de fuertes Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) por parte de las principales naciones industrializadas, ahora parece que este Acuerdo solo sirvió como otro paso en la búsqueda de DPI más fuertes'. En efecto, estimo que los países consideraron el Acuerdo sobre los ADPIC como un paso adelante pero no el fin. Aunque fue un significativo logro de negociación, no todas las metas de los países desarrollados fueron alcanzadas en el Acuerdo sobre los ADPIC.

29. "Declaraciones del Sr. Emory Simon": Simposio sobre Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio' (1989) 22 *Van. J Tran'l L.*, p. 370.

Fue solo un año después de entrar en vigor el Acuerdo sobre los ADPIC<sup>30</sup> cuando la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) estableció los borradores finales de dos nuevos tratados que contemplaron niveles más altos de protección en las leyes sobre derechos de autor<sup>31</sup>. Muchos países desarrollados tenían estándares más altos mientras se estaba negociando el Acuerdo sobre los ADPIC y muchos otros países, en su mayor parte en desarrollo, tenían estándares menores que el Acuerdo sobre los ADPIC o no otorgaban la clase de protección de la propiedad intelectual que prescribe el Acuerdo sobre los ADPIC. De este modo, no había acuerdo sobre cuál es el nivel óptimo de protección de la propiedad intelectual, y aunque el Acuerdo sobre los ADPIC pesó fuertemente en favor de mayores derechos, de todas maneras fue un compromiso. Por lo tanto, el permiso para ofrecer una protección más amplia es en parte un reconocimiento de los niveles de protección que ya existían en algunas partes del mundo.

## 2. ¿Qué es una protección más amplia?

Lo que constituye una protección más amplia, sin embargo, a veces es claro y en otras instancias no lo es tanto. Cubrimiento de un mayor número de temas es un ejemplo obvio de protección más amplia. El Acuerdo sobre los ADPIC, por ejemplo, no da cobertura especial a los nombres de dominio, más allá o por encima de cuanto hay en los artículos sobre registro de marca. Un TLC que contenga disposiciones sobre protección de nombres de dominio sería, en este sentido, ADPIC-plus<sup>32</sup>. Otro ejemplo relativamente claro de mayor protección es la duración de los derechos. El estándar del Acuerdo sobre los ADPIC acerca de la duración de la protección de los derechos de autor es la vida del autor más 50 años o 50 años cuando la vida del autor no es relevante<sup>33</sup>. Un estándar más alto es la vida del autor más 70 años, que surge de la armonización de la Unión Europea y también se ha convertido en el estándar en Estados Unidos y Australia mediante el TLC con Estados Unidos. Otro estándar más alto se produce cuando un TLC elimina un elemento negociado en el Acuerdo sobre los ADPIC. Por ejemplo, el TLC de Australia y Estados Unidos (*AUSFTA*) acuerda no poner límite a las oportunidades de licencia obligatoria<sup>34</sup>.

Un ejemplo más complicado de lo que constituye una protección más amplia surge de las diferentes interpretaciones del Artículo 10 del Acuerdo sobre los

30. El Acuerdo sobre los ADPIC, como todos los demás Acuerdos de la OMC, entró en vigor el primero de enero de 1995.

31. El Tratado de Derechos de Autor de la OMP (WCT), adoptado por la Conferencia Diplomática de la OMP (diciembre 20 de 1996).

32. Ver Acuerdo de Libre Comercio Australia-Estados Unidos (*AUSFTA*), Capítulo 17.3, disponible en [http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us\\_fta/final-text/chapter\\_17.html](http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us_fta/final-text/chapter_17.html). Consultado el 15 de mayo de 2007.

33. El Acuerdo sobre los ADPIC importó de la Convención de Berna la duración de la vida del autor más 50 años, ver Artículo 9 y Artículo 12 para otras reglas sobre duración de derechos de autor en el Acuerdo sobre los ADPIC.

34. *AUSFTA*, nota al pie arriba, Artículo 17(9) (7).



ADPIC, que exige la protección de los aspectos de creación intelectual de las bases de datos. Las bases de datos sin ese ingrediente intelectual están por fuera del cubrimiento del Acuerdo sobre los ADPIC. Si un país otorga protección a estas bases de datos ‘no intelectuales’, ¿está otorgando una protección de bases de datos más o menos amplia que la exigida por el Acuerdo sobre los ADPIC? La Unión Europea, por ejemplo, tiene un derecho contra la extracción desleal de bases de datos, que otorga protección a este tipo de bases de datos no originales<sup>35</sup>. En un sentido, esta es una protección más amplia que la del Acuerdo sobre los ADPIC porque cubre más; sin embargo, también puede ser considerada como una protección menor en dos aspectos. El primero es que protege materias que están por fuera del cubrimiento del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>36</sup>. Este parece ser el enfoque de la UE, pues el derecho contra la extracción desleal de bases de datos no está contemplado sobre la base de un trato nacional. Segundo, podría alegarse que la protección de las bases de datos no originales es un estándar menor que el requerido por el Acuerdo sobre los ADPIC porque erosiona la exigencia de que las bases de datos constituyan “creaciones intelectuales”. Aquí no buscamos resolver el desacuerdo mundial sobre protección de bases de datos, que amerita una extensa discusión aparte. Este ejemplo sirve para mostrar que el significado de una protección más amplia es en sí mismo potencialmente oscuro, y también para señalar la ausencia de acuerdo alguno sobre lo que constituye un nivel óptimo de protección de la propiedad intelectual, incluso en los países desarrollados.

El permiso de otorgar un nivel más alto de protección conduce a los llamados capítulos ADPIC-plus sobre propiedad intelectual en los TLC, de los cuales se describen ejemplos en la siguiente sección. No hay un límite prescrito por los tratados sobre el alcance de la protección adicional. Esta ausencia de un límite o de un estándar máximo genera una autorización para ampliar los derechos mediante un TLC y, de este modo, aumentar la protección de la propiedad intelectual en una forma aparentemente ilimitada. A pesar de esta autorización, sin embargo, como se explica en la siguiente sección, debe haber un límite racional consistente con los propósitos y objetivos del Acuerdo sobre los ADPIC. La dificultad estriba en que los miembros de la OMC tienen opiniones diferentes sobre la finalidad del Acuerdo sobre los ADPIC, opiniones que dependen en gran medida de los intereses que tienen en la protección de bienes de propiedad intelectual comerciables internacionalmente. He argumentado en otra parte que un análisis objetivo y adecuado del Acuerdo sobre los ADPIC ofrece por sí mismo una comprensión del objeto y la finalidad del Acuerdo sobre los ADPIC que son relevantes aquí<sup>37</sup>.

35. Directiva de la UE sobre Protección Legal de Bases de Datos, Consejo Directivo 96/9 EEC, Capítulo 3, Art. 7-11.

36. Para una explicación general del derecho contra la extracción desleal de bases de datos, ver F.W. Grosheide (2002: 39).

37. Ver nota al pie 22 *arriba*.



### III. LOS LÍMITES RACIONALES DE LA PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

#### A. PROBLEMAS PARA DETERMINAR UN LÍMITE RACIONAL

Aunque el Acuerdo sobre los ADPIC permite aumentar la protección como cuestión de política, debe haber un límite racional del nivel de protección. Este podría ser un estándar máximo o un estándar óptimo. Aún no se ha decidido cuál podría ser ese estándar máximo en cualquier área particular. En efecto, es difícil ver cómo se podrán resolver algunos temas. Lo más probable es que las preocupaciones sobre los derechos humanos dirijan el debate sobre cuáles deberían ser los límites de la protección a la propiedad intelectual<sup>38</sup>. Si hay un mínimo y un máximo, entonces cualquier cosa dentro de ese rango podría ser considerada óptima, según la situación interna de cada país. Pero en algunas circunstancias puede ser más apropiado un rango óptimo. No ayudaría mucho un rango tan grande que permita elevar cualquier norma internacional. Aunque algunos pueden argumentar que las normas son inadecuadas, la ausencia de normas solo añadirá combustible a los esfuerzos por elevar los estándares. Ciertamente, hay un límite que cada país consideraría apropiado en su derecho interno. Obviamente, este no será el mismo y dependerá del estado de desarrollo y también del número de industrias basadas en propiedad intelectual en una economía. Por lo tanto, no es probable un verdadero acuerdo global sobre muchas 'normas' de propiedad intelectual, pero esto no autoriza a las partes que favorecen una protección más amplia a ignorar ciertos límites racionales que se derivan de principios de liberalización del comercio y de políticas y justificaciones sobre la protección misma de la propiedad intelectual.

El ejemplo de la duración, como se trató atrás, también puede ser empleado para mostrar que es difícil determinar dónde está el límite racional de la protección a la propiedad intelectual. Hay muchos argumentos en favor y en contra de la ampliación del término de los derechos de autor. Es conveniente, por ejemplo, armonizar hacia arriba. El que los autores necesitan una mayor protección y el que la gente viva más en estos días son razones que se citan para ampliar el término de los derechos de autor, mientras que la sobreprotección puede ser citada contra el término de protección<sup>39</sup>. No es posible probar en forma concluyente que alguno de los lados en ese debate está acertado o equivocado. Lo significativo aquí es que es difícil concluir cuál es el término óptimo de protección, porque se puede decir que cada lado tiene en su favor alguna clase de justificación de política de derechos de autor; incentivo eficaz para la creatividad y/o la inversión y el estímulo para más obras con derecho de autor<sup>40</sup>. Un argumento semejante, aunque con un enfoque

38. Al respecto, ver Laurence R. Helfer (2007: 971).

39. Para una discusión general del término de derechos de autor en Estados Unidos, ver Jane Ginsburg et al (2000: 651, 701-704).

40. Para una discusión general sobre el desarrollo de las leyes sobre derechos de autor, ver Ricketson y Ginsburg, nota al pie 20 *arriba*, pp. 3-19.

ligeramente distinto, se puede esgrimir respecto al derecho de patentes. El propósito aquí no es determinar si el término de protección de patentes es muy corto o muy largo. Se necesitaría un considerable debate acerca de si es posible hallar un estándar internacional que tome en cuenta todos los intereses, y si ese debate fuera a tener lugar, entonces el Acuerdo sobre los ADPIC ofrece alguna orientación sobre los límites a la protección de la propiedad intelectual. Hay dos aspectos sobre esta orientación: el primero se centra en cuál es la base lógica de la protección de la propiedad intelectual en el comercio, y el segundo en su objeto y finalidad, tal como se contemplan en el Acuerdo sobre los ADPIC.

## B. ¿DÓNDE ESTÁ EL LÍMITE LÓGICO DE LA PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL?

### 1. *El argumento relacionado con el comercio*

Gervais sugiere que el empleo de ‘Aspectos Relacionados con el Comercio’ para calificar los ‘derechos de propiedad intelectual’ en el largo nombre del Acuerdo sobre los ADPIC buscó ‘dar la impresión de que la materia estaba confinada a cuestiones más tradicionales del GATT’<sup>41</sup>. Simplemente, la existencia de derechos de propiedad intelectual es una barrera al comercio; sin embargo, esa barrera fue justificada en la Ronda Uruguay como necesaria y favorable al comercio<sup>42</sup>. Sin embargo, la protección de la propiedad intelectual no siempre es por su naturaleza favorable al comercio; puede, en efecto, ser utilizada para dividir mercados y detener la importación o exportación de productos con propiedad intelectual<sup>43</sup>. El Acuerdo sobre los ADPIC, por lo tanto, intenta en su preámbulo equilibrar estos argumentos opuestos por medio de tres aspectos relacionados: buscando reducir las distorsiones e impedimentos al comercio internacional; tomando en cuenta la necesidad de promover una protección efectiva y adecuada de los derechos de propiedad intelectual, y asegurando que las medidas y procedimientos para hacer respetar los derechos de propiedad intelectual no se conviertan por sí mismas en barreras al comercio legítimo<sup>44</sup>.

Algunos comentaristas, en sus análisis del Acuerdo sobre los ADPIC, casi parecen atreverse a presumir que la protección más amplia es mejor para el comercio. Choi (2005: 825-848), por ejemplo, en su discusión de los TLC con países no miembros de la OMC, formula esa presunción así: ‘en general, un privilegio o tratamiento

41. Gervais, nota al pie 13 *arriba*, p. 11.

42. Esta opinión fue discutida entonces y, por supuesto, sigue siendo discutida.

43. Los derechos de propiedad intelectual son inherentemente territoriales. Esta territorialidad significa que los derechos en un mercado son distintos de aquellos en otro mercado. Por ejemplo, algo fabricado legítimamente bajo una patente en un territorio no necesariamente puede ser exportado legítimamente a otro territorio, a no ser que el dueño de la patente en ese otro territorio esté de acuerdo en que sea importado.

44. Para mayor análisis de esto, *ver* nota al pie 23 Frankel *arriba*, pp. 390-392.

preferencial en el campo de ADPIC significa un nivel más alto de protección<sup>45</sup>. No es sorprendente esta presunción, dada la agenda de algunos países desarrollados grandes para beneficiarse de los aumentos de la protección mediante negociaciones bilaterales. Sin embargo, un beneficio para un país no es necesariamente un beneficio para el comercio en general.

## 2. objeto y finalidad del acuerdo sobre los ADPIC

La argumentación en favor de poner límites a la protección de la propiedad intelectual debería coincidir con el objeto y finalidad del derecho de propiedad intelectual. En el marco actual, dichos objeto y finalidad se pueden identificar en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>46</sup>. El proceso de los TLC no pone mucha atención en dónde están los estándares máximo u óptimo de protección a la propiedad intelectual. En su mayor parte, este proceso se orienta a buscar la protección ADPIC-plus.

Un principio básico de interpretación de los tratados internacionales es que el tratado se debe interpretar a la luz de su 'objeto y finalidad'<sup>47</sup>. El propio Acuerdo sobre los ADPIC contiene artículos sobre objetivos y principios<sup>48</sup>. El papel exacto que juegan estas disposiciones en la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC es muy discutido, especialmente porque ellas buscan resumir metas y aspiraciones encontradas, como las de proteger los derechos de propiedad intelectual y estimular la transferencia tecnológica para ventaja mutua de usuarios y productores.

## IV. EQUIVALENTE DE ADPIC, ADPIC-PLUS Y ADPIC SUPER-PLUS

### A. EJEMPLOS ILUSTRATIVOS DEL ALCANCE DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE TLC

#### 1. *Equivalente de ADPIC y un Poco Extra*

Tanto el TLC entre Nueva Zelanda y Tailandia como el de Australia y Tailandia son ejemplos del enfoque por el cual las partes reafirman su adhesión a los estándares

45. Won-Mog Choi articula la posibilidad de que niveles más bajos sean un beneficio para dos países si estos consideran onerosos los estándares de ADPIC. Un acuerdo de esta índole entre miembros de la OMC sería ante todo una violación del artículo 1.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, que estipula que los miembros 'darán aplicación a las disposiciones de este Acuerdo'.

46. Por supuesto, hay llamados a cambiar el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.

47. Ver Artículo 31 de la Convención de Viena sobre la Interpretación de los Tratados (1980) 115 U.N.T.S., p. 331. Este método de interpretación es aplicado por el Órgano de Solución de Controversias de la OMC de conformidad con el artículo 3.2 del Entendimiento para la Solución de Controversias, que exige la aplicación de las reglas convencionales de interpretación del derecho público internacional. Para mayor discusión, ver Frankel, nota al pie 23 *arriba*.

48. Acuerdo sobre los ADPIC, nota al pie 1 *arriba*, Art. 7 y 8, y ver Frankel, nota al pie 23 *arriba*.

del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>49</sup>. Ellos contemplan cooperación para el cumplimiento e intercambio de información respecto a la propiedad intelectual, además de lo que estipula el Acuerdo sobre los ADPIC<sup>50</sup>. La característica más significativa ADPIC-plus es que los derechos de propiedad intelectual son parte de la definición de 'inversiones'<sup>51</sup>. Definir los derechos de propiedad intelectual como inversiones no es una característica inusual de los tratados bilaterales sobre inversiones y tampoco es inesperado hallar esa definición en los TLC, pero esto es más de lo que contempla el Acuerdo sobre los ADPIC y, en este sentido, es ADPIC-plus.

## 2. ADPIC-plus

La disposición de otorgar en acuerdos internacionales niveles de protección que están por fuera del marco del Acuerdo sobre los ADPIC es otra forma de ADPIC-plus. El Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica Estratégica<sup>52</sup> entre Nueva Zelanda, Singapur, Brunei y Chile contempla la protección de derechos de autor digitales, la cual es consistente con el Tratado sobre Derechos de Autor de la OMPI y con el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, que son Acuerdos post-ADPIC<sup>53</sup>.

## 3. ADPIC

El TLC de Australia y Estados Unidos (*AUSFTA*) es un TLC con estándares de protección notablemente más altos respecto a casi todos los derechos de propiedad intelectual. Este eleva los del Acuerdo sobre los ADPIC, elimina algunos elementos permitidos por el Acuerdo sobre los ADPIC y añade otros que no están protegidos por el Acuerdo sobre los ADPIC<sup>54</sup>. El *AUSFTA* también prescribe los detalles de algunas leyes de propiedad intelectual, llevándolas más allá de los estándares mínimos<sup>55</sup>. El TLC también ensancha algunos procedimientos de la OMC. Estos ensanches

49. 'TLC Tailandia y Australia (TAFTA)', Artículo 1302, disponible en <[www.dfat.gov.au/trade/negotiations/aust-thai/tafta\\_chapter\\_13.html](http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/aust-thai/tafta_chapter_13.html)>, última visita en mayo 15, 2007, y 'New Zealand-Thailand Closer Economic Partnership Agreement', Artículo 12.2, disponible en <[www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/0-Trade-archive/0-Trade-agreements/Thailand/0-cep-index.php](http://www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/0-Trade-archive/0-Trade-agreements/Thailand/0-cep-index.php)>, última visita en mayo 15, 2007.

50. *TAFTA*, nota al pie 49 arriba, Artículos 1303-1304 y *New Zealand-Thailand Closer Economic Partnership Agreement*, nota al pie 49 arriba, Artículos 12.4-12.5.

51. 'New Zealand-Thailand Closer Economic Partnership Agreement', nota al pie 49 arriba, Artículo 9.2(a) y *TAFTA*, Artículo 902, disponibles en <[www.dfat.gov.au/trade/negotiations/aust-thai/tafta\\_chapter\\_9.html](http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/aust-thai/tafta_chapter_9.html)>, incluyen los ingresos por regalías de propiedad intelectual en la sección sobre definición de inversiones.

52. 'Trans-Pacific Strategic Economic Partnership (Trans-Pacific SEP) Agreement', disponible en [www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/0-Trade-archive/0-Trade-agreements/Trans-Pacific/0-sep-index.ph](http://www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/0-Trade-archive/0-Trade-agreements/Trans-Pacific/0-sep-index.ph). Consultado el 15 de mayo de 2007.

53. Ver nota al pie 52 arriba, Artículo 10.3, parágrafo 4.

54. Para una discusión del *AUSFTA* TRIPS-plus, ver Bryan Mercurio, nota el pie 28 arriba, y Peter Drahos et al (2004: 243).

55. Ver, por ejemplo, *AUSFTA*, Artículo 17.4, respecto a la protección de medidas de protección tecnológica en derechos de autor, disponible en [www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us\\_fta/final-text/chapter\\_17.html](http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us_fta/final-text/chapter_17.html). Consultado el 15 de mayo de 2007.

incluyen una disposición sobre solución de controversias para aquellas no relacionadas con violación<sup>56</sup> y regulaciones sobre marcas y mercadeo de productos farmacéuticos<sup>57</sup>.

## V. IMPULSANDO LA AGENDA ADPIC-PLUS MEDIANTE LOS TLC

### A. NMF

Como se señaló atrás, la principal función de la cláusula de NMF en el Acuerdo sobre los ADPIC ha venido a ser la de aumentar los estándares de protección de la propiedad intelectual mediante las negociaciones de los TLC. El Acuerdo sobre los ADPIC, por medio de la NMF y al permitir una mayor protección, facilita la aplicación de este 'trinquete hacia arriba' sobre los estándares internacionales de propiedad intelectual. Este aumento progresivo solo puede ser desafiado, dentro del marco actual, con el argumento de que dicho enfoque es contrario a los objetivos y finalidades del Acuerdo sobre los ADPIC y a las leyes de propiedad intelectual. Otros desafíos buscan, esencialmente, un cambio en dicho marco para que el acuerdo sea sobre estándares máximos u óptimos. La naturaleza indeseable del aumento global progresivo de los derechos de propiedad intelectual puede ser enfrentada desde muchos ángulos económicos y políticos<sup>58</sup>. Aunque estos aumentos de protección son hechos en los TLC y por lo tanto se aplican principalmente entre las partes de los TLC, es importante entender cómo los estándares más altos de los TLC, por medio del 'filtro' de la NMF, viajan más allá de las partes del acuerdo inmediato, hacia el mar de normas internacionales sobre propiedad intelectual. Este proceso es una combinación de tratamiento nacional y estándares mínimos, pero el azúcar del pastel es la ausencia de una excepción de la NMF.

En su nivel más básico, la NMF significa que cualquier ventaja dentro de un TLC puede ser reclamada por un miembro del Acuerdo sobre los ADPIC que no sea parte de ese TLC. Como ya se dijo, la mayor parte del tiempo esto ocurre en cualquier caso porque los TLC cambian la ley interna de cada una de sus partes, la cual es aplicada sobre la base de tratamiento nacional. Hay la posibilidad de que, en lugar del tratamiento nacional, esa reciprocidad sea aplicada a algunos aspectos de ADPIC-plus. Entre los ejemplos de esto se hallan las excepciones limitadas del Acuerdo sobre los ADPIC relacionadas con acuerdos especiales<sup>59</sup>, aquellas áreas de propiedad intelectual que no están cubiertas en forma alguna por el Acuerdo sobre los ADPIC y las excepciones al tratamiento nacional permitidas por las convenciones de Berna y París. En un nivel práctico, esto implicaría que el derecho interno individualizará estos incidentes y los aplicará sobre una base recíproca.

56. *AUSFTA*, Art. 21.2(c), disponible en [www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us\\_fta/final-text/chapter\\_21.html](http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us_fta/final-text/chapter_21.html). Consultado el 15 de mayo de 2007.

57. Ver Mercurio, nota al pie 28 *arriba*.

58. Ver en general Susan Sell (2003) y Keith Maskus (1997).

59. Ver nota al pie 18 *arriba*.

Es, de hecho, lo que hace la Unión Europea respecto a la duración de los derechos de autor<sup>60</sup>. La reciprocidad, en lugar del tratamiento nacional, puede ser un enfoque totalmente impráctico o indeseable y, aunque permisible legalmente, las naciones pueden elegir no adoptarla. Hay un ejemplo ilustrativo de las dificultades. El *AUSFTA* contempla una amplia protección de los nombres de dominio, más allá del alcance del Acuerdo sobre los ADPIC. Teóricamente, el derecho australiano podría no buscar la aplicación de esa ley a los neozelandeses que busquen protección en Australia. Este enfoque sería desventajoso para Australia, pues aquella desearía que la ley se aplicara igualmente a los intereses neozelandeses de nombre de dominio en Australia. Además, Australia y Nueva Zelanda tienen su propia tradición comercial que Australia puede no querer dañar. Por otra parte, marcar la frontera entre lo que está protegido por el Acuerdo sobre los ADPIC, lo que es ADPIC-plus y lo que no es, puede resultar difícil.

En una perspectiva de corto plazo, se puede considerar útil no permitir igual tratamiento a los extranjeros en estas situaciones; sin embargo, un enfoque semejante puede generar pequeños beneficios inmediatos y resultar muy cortoplacista. El mayor beneficio de aplicar la ley a los nacionales de otros países, en buena medida, es el efecto poroso sobre las normas internacionales.

Si los titulares de derechos de propiedad intelectual pueden obtener más protección en el extranjero que en sus propios países, puede haber un incentivo para que ellos hagan *lobby* en sus legislaturas nacionales para cambiar las leyes. Se podría argumentar que la falta de protección en un país extranjero mientras se sabe que los nacionales de ese país tienen allí más protección, también podría ser un incentivo para hacer *lobby* en su propio gobierno con el fin de cambiar la ley; sin embargo, sería más persuasivo el enfoque de ‘miren cómo es de amplia la protección en otro país’.

## B. CLÁUSULAS DE PI COMO INVERSIÓN

Aunque el Acuerdo sobre los ADPIC pretende estimular la transferencia tecnológica, no incluye reglas sobre aspectos de inversiones que son una realidad si dicha transferencia ocurre. La inclusión de los derechos de propiedad intelectual como inversiones en los TLC es otro aspecto del aumento general de los estándares de propiedad intelectual. Como lo anota Drahos, debido a que los tratados bilaterales sobre inversiones (TBI) no contienen estándares de propiedad intelectual como tales, es difícil medir su efecto ADPIC-plus<sup>61</sup>. Como los TBI y los TLC crean nuevos foros para ventilar las controversias sobre propiedad intelectual, tales como el arbitraje de inversiones, esto es potencialmente susceptible de causar un efecto ADPIC-plus, en la misma forma como lo hacen otras controversias internacionales sobre propiedad intelectual.

60. Ver nota al pie 35 *arriba*, art. 11(1).

61. Ver Peter Drahos (s.f.: 6).

## C. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El Órgano de Apelación de la OMC ha dejado abierta la posibilidad de que un panel de controversias creado por un TLC pueda tener jurisdicción exclusiva en una controversia entre los miembros del TLC<sup>62</sup>. Esta jurisdicción exclusiva podría surgir cuando las partes acuerdan escoger entre el panel de controversias del TLC o la OMC, pero la elección elimina el derecho de acudir al otro. No se ha decidido en forma concluyente si la OMC rechazaría la jurisdicción en el caso de que una parte de un TLC hubiera elegido el tribunal del TLC bajo este tipo de cláusula de jurisdicción exclusiva. Puede haber muchas razones para que la OMC no decline la jurisdicción, pero la creación de un mecanismo de solución de controversias en un TLC origina ciertas dificultades en el contexto de la propiedad intelectual<sup>63</sup>.

La primera es la posibilidad de decisiones encontradas. La segunda es la interpretación de normas del Acuerdo sobre los ADPIC por parte de paneles de TLC. Un tribunal de TLC puede tener razones para interpretar una disposición del Acuerdo sobre los ADPIC y determinar en consecuencia el significado de una disposición del TLC. Dichas interpretaciones pueden filtrarse al ámbito internacional mediante la red de solución de controversias de los TLC y por la cita de decisiones sobre controversias de TLC ante los paneles de la OMC. Parece probable que los tribunales de TLC interpreten los derechos de propiedad intelectual en una forma más protectora, en lugar de lo contrario. Así, por ejemplo, si el TLC limita un elemento del Acuerdo sobre los ADPIC, entonces la interpretación de dicho elemento probablemente sea más restrictiva. Como el proceso de solución de controversias de la OMC ha fallado hasta ahora en el manejo adecuado de la interpretación de los objetivos y principios del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>64</sup>, establecidos en los artículos 7 y 8, parece mucho menos probable que un tribunal de controversias ADPIC-plus pueda tener una interpretación que corresponda más plenamente al alcance de dichos artículos.

Una controversia de TLC podría limitarse en sus hechos a las partes del TLC, con la salvedad de que el resultado de dicha controversia podría conducir a un cambio en la ley interna, que puede ser aplicada a extranjeros sobre la base de tratamiento nacional. Aunque estos efectos son difíciles de medir y potencialmente dispersos, los procedimientos de solución de controversias podrían convertirse en otra herramienta en la búsqueda de un nivel siempre creciente de derechos de propiedad intelectual.

62. Informe del Órgano de Apelación, *Mexico - Taxes Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, (WT/DS308/AB/R), párrafo 54.

63. Algunas de estas dificultades pueden ser las mismas en el contexto de bienes y servicios, pero el enfoque aquí es en la propiedad intelectual.

64. Ver Frankel *arriba*, en nota al pie 22.



#### D. EFECTO SOBRE NEGOCIACIONES MULTILATERALES

El efecto del Acuerdo sobre los ADPIC sobre las negociaciones multilaterales es claro. Es mucho más fácil alcanzar los objetivos ADPIC-plus con una, dos y hasta tres partes que en el nivel multilateral, donde las partes pueden negociar en grupos con mayor poder de transacción. Así, es escaso el incentivo para aumentar el ritmo o el alcance de las negociaciones en el nivel multilateral de la OMC y para considerar seriamente el concepto de estándares máximos u óptimos dentro del Consejo de los ADPIC de la OMC. El resultado de esto no solo es que los que buscan el ADPIC-plus han cambiado el foro de negociación a los TLC, sino también que las partes que desean protección de la propiedad intelectual con un enfoque diferente del comercial de la OMC adelantarán negociaciones en otros foros. Estos foros son numerosos, están creciendo y ya incluyen la Convención para la Diversidad Biológica, la Unesco, la Organización Mundial de la Salud, la FAO y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)<sup>65</sup>.

#### VI. IMPACTO SOBRE UN PEQUEÑO PAÍS DESARROLLADO CON UNA ECONOMÍA DE MERCADO

##### A. ¿CUÁL ES EL NIVEL DE PROTECCIÓN ADECUADO Y ÉSTE PUEDE ALCANZARSE?

Los países desarrollados con pequeñas economías de mercado se encuentran con circunstancias comunes a las de los grandes jugadores del mundo desarrollado, los Estados Unidos y la Unión Europea y sus estados miembros. Por lo tanto, también estas pequeñas economías de mercado contemplan altos estándares de protección a la propiedad intelectual. Igualmente, los pequeños países desarrollados son a menudo usuarios netos de derechos de propiedad intelectual y dependen de la transferencia tecnológica de los grandes jugadores. Bajo esta perspectiva, dichos países tienen intereses comunes con el mundo en desarrollo. El nivel adecuado de protección en un pequeño país desarrollado puede ser aquel que equilibra los intereses de los mundos desarrollado y en desarrollo. Como tales, países como Nueva Zelanda son un potencial tubo de ensayo para el experimento mundial sobre dónde están los niveles globales óptimos de protección. Australia y Nueva Zelanda, sin embargo, están preparadas para considerar niveles más altos de protección de la propiedad intelectual<sup>66</sup> que aquellos que parecerían adecuados según su situación económica, debido a otras ganancias comerciales, especialmente en el área agrícola. En este sentido, estos países comparten un modelo con muchos otros países

65. Para una discusión de las negociaciones sobre propiedad intelectual en estos foros, ver Laurence R. Helfer (2007: 971).

66. Australia, especialmente desde el *AUSFTA*, ha adoptado más medidas ADPIC-plus que Nueva Zelanda.

desarrollados que se unieron al Acuerdo sobre los ADPIC debido a otras potenciales ganancias comerciales. Nueva Zelanda y Australia tienen una considerable ventaja comparativa en agricultura, y estas ganancias valen mucho la pena<sup>67</sup>.

En las pequeñas economías de mercado existe a menudo la necesidad de elevar los estándares para estar a la altura de los competidores internacionales y, de este modo, la autonomía nacional sobre los niveles adecuados de derechos de propiedad intelectual se ve seriamente comprometida. En forma semejante a las partes que sienten la necesidad de acordar los TLC para mantenerse, lo mismo es cierto para los capítulos sobre propiedad intelectual en los TLC<sup>68</sup>.

## VII. CONCLUSIÓN

Como se explicó atrás, las partes que no pueden alcanzar satisfacción por medio de la OMC y que tienen mucho que perder en los procesos de los TLC han buscado proteger sus derechos a través de otros foros que se centran principalmente en los derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas, la salud pública y las preocupaciones ambientales. Helfer (2004: 11) ha descrito esto como ‘cambio de régimen’. El cambio de régimen es una estrategia enteramente comprensible frente a los TLC y los TBI; pero desplazar el debate sobre propiedad intelectual puede no ser una buena estrategia a largo plazo para enfrentar la proliferación de TLC de naturaleza ADPIC-plus. La mejor manera de manejar los temas del Acuerdo sobre los ADPIC es negociar en el Consejo de los ADPIC, aunque ciertos grupos interesados pueden sentir que su voz allí no es suficientemente poderosa. Aunque otros foros pueden afectar lo que es la norma internacional en un área particular, se puede argumentar que la ausencia en esos foros de un mecanismo de solución de controversias con la fuerza del que posee la OMC afecta la capacidad de aquellos para hacer cumplir las normas de propiedad intelectual. La conexión entre derechos humanos y propiedad intelectual es una ruta compleja y en formación<sup>69</sup>. Algunos comentaristas han pedido una moratoria sobre el aumento de la protección para enfrentar cuestiones preocupantes como las crisis de salud pública<sup>70</sup>. Dicha moratoria solo podría ser una solución temporal mientras continúa la búsqueda de niveles óptimos de protección.

Aunque muchos han creído que la liberalización efectiva del comercio puede involucrar “dolor corto para ganancia a largo plazo”, dicha máxima, discutible en todas las áreas comerciales, ciertamente no viene al caso cuando existe un rápido incremento de los niveles de protección de la propiedad intelectual. Hay pruebas

67. Algunos se han preguntado si las ganancias de acceso al mercado realmente valen la pena para algunos países en desarrollo, ya que éstos pueden no tener la capacidad de utilizar ese mayor acceso con provecho.

68. Para una discusión del ‘yo también’ y del efecto de dilema del prisionero en los TLC, ver Meredith Kolsky Lewis (2005: 554) y su capítulo en este texto, Parte III.

69. Ver Helfer, nota al pie 38 *arriba*.

70. Ver Maksus & Reichman (s.f.: 279, 312-313).

crecientes de que el efecto de los estándares más altos de propiedad intelectual por la vía de los TLC está ahogando la creatividad y la competencia. Además, estos estándares más altos de propiedad intelectual, en una variedad de mercados, pueden impedir el acceso a medicinas y bienes de consumo a precios que se puedan pagar y en algunos casos totalmente.

#### BIBLIOGRAFÍA

- CHOI, WON-MOG (2005). "Legal Problems of Making Regional Trade Agreements with Non-WTO-Member States' 8", en *Journal of International Economic Law*.
- DRAHOS, PETER (2007). 'Bilateralism in Intellectual Property', p. 6. Disponible en [www.oxfam.org.uk/what\_we\_do/issues/trade/downloads/bilateralism\_ip.rtf], Consultado el 15 de mayo 15 de 2007.
- DRAHOS, PETER (s.f.). 'Expanding Intellectual Property's Empire: the Role of FTAs'. Disponible en <www .grain.org>.
- DRAHOS, PETER et al. (2004). 'Pharmaceuticals, Intellectual Property and Free Trade: The Case of the US-Australia Free Trade Agreement'. Prometheus.
- FRANKEL, SUSY (2006). 'The WTO's Application of "the Customary Rules of Interpretation of Public International Law" to Intellectual Property' 46 *Va.*
- GERVAIS, DANIEL (2003). *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2.<sup>a</sup> ed. London: Sweet & Maxwell.
- GINSBURG, JANE (2000). 'The Constitutionality of Copyright Term Extension: How Long is too Long?' 18 *Cardozo Arts & Ent. L.J.*
- HELPER, LAURENCE R. (2007). 'Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property' 40 *UC Davis LR*.
- HELPER, LAURENCE R. (2004). "Regime Shifting: The TRIPS Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Law Making, en 29. *Yale J. Int'l.*
- MAKUS, KEITH & REICHMAN H. (s.f.). "The Globalisation of Private Knowledge Goods and the Privatisation of Global Public Goods", en 7 *J Int'l Econ. L.*
- MASKUS, KEITH (1997). *Implications of Regional and Multilateral Agreements for Intellectual Property Rights*. Blackwell Publishers.
- MERCURIO, BRYAN (2006) "TRIPS-plus Provisions in FTAs: Recent Trends", en LORAND BARTELS, FEDERICO ORTINO (edits). *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*. Oxford: Oxford University Press.
- RICKETSON, SAM y JANE GINSBURG (2005). *The Berne Conventions and Beyond*, 2.<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press.
- SELL, SUSAN (2003). *Private Power, Public Law: The Globalisation Of Intellectual Property Rights*. Cambridge University Press

## NORMATIVIDAD

Acuerdo de Libre Comercio Australia-Estados Unidos (AUSFTA), Capítulo 17.3.

Disponible en <[http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us\\_fta/final-text/chapter\\_17.html](http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us_fta/final-text/chapter_17.html)>.

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), Acuerdo OMC, Anexo 1B.

Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio (GATT), octubre 30, 1947, 55 U.N.T.S.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (15 abril, 1994), Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio, Anexo 1C, Instrumentos Legales – Resultados de la Ronda Uruguay (1994) Vol. 31(33) I.L.M. (Acuerdo sobre los ADPIC).

Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas ('Convención de Berna'), julio 24, 1971, (texto de París), 1161 U.N.T.S.

Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial ('Convención de París'), (texto de Estocolmo 1967), 828 U.N.T.S.

Convención sobre la Diversidad Biológica, junio 5, 1992, 1760 U.N.T.S.