

**LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL
ANTE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO:
EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS
DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS
CON EL COMERCIO, Y ASPECTOS GENERALES**

Zuily ZÁRATE DÍAZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC)*. III. *Interpretación*. IV. *Protección nacional*. V. *La solución de controversias en materia de propiedad intelectual a nivel internacional*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En la evolución de la protección de los derechos de propiedad intelectual (en adelante PI) se puede observar un desarrollo gradual desde su regulación doméstica formal durante la Edad Media; poco a poco se fue dando el salto al ámbito internacional, pasando por acuerdos bilaterales y hasta el surgimiento de los acuerdos “eje”.¹ Otro elemento importante en este desarrollo fue la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en lo subsecuente OMPI) en 1893, la cual facilitó la promoción posterior de diferentes tratados regulando nuevos y más específicos aspectos; adecuándose a las necesidades de cada momento, pero sin perder su regulación de naturaleza administrativa.

Más adelante, la normativa en materia de PI sufre un cambio trascendente en su tratamiento, debido a su inserción en el comercio mundial.

¹ Se les denomina así ya que los convenios de París y Berna —1883 y 1886 respectivamente— forman la base de la regulación convencional internacional en la materia).

En efecto, en el marco de la Organización Mundial del Comercio (por su siglas OMC), a mediados de los años noventa surge el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, AADPIC, o TRIPs por sus siglas en inglés: *Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights*) y de la mano de este novedoso acuerdo se producen muchos cambios en los sistemas internos de PI.

No es que se desdeñara con anterioridad la importancia económica de la materia, más bien fue el crecimiento repentino (sobre todo en el campo tecnológico) lo que disparó los intereses por una regulación más amplia de la PI. Una de las grandes novedades es la aparición de los métodos de solución de controversias de la OMC a la PI; esto se debe a que el sistema establecido por la OMC ha logrado implementar mecanismos bastante eficientes en cuestiones de tiempo y efectividad de sus resoluciones; obteniendo, por lo tanto, confiabilidad para los usuarios. Esto se observa, por ejemplo, con su gran producción de material jurisprudencial, el uso regular por parte de sus miembros y su buena respuesta frente a la gran diversidad de países y tipos de controversias.

Si tomamos como referencia a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la cual luego de 50 años de vida ha emitido 61 sentencias y 23 opiniones consultivas, bastará para darnos cuenta de la importancia del método con mencionar que en el 2005, apenas a 10 años del surgimiento de la OMC,² se habían adoptado 110 informes de grupos especiales, 70 de órganos de apelación, y se habían llevado a cabo 42 arbitrajes y mediaciones al marco de la organización comercial más grande del mundo.³

Dentro de estos datos y siguiendo la normatividad del AADPIC, se han planteado ante la OMC 24 controversias o diferencias, a inicios del 2006, y dada la novedad de este procedimiento en la materia (es decir desde la inclusión de la PI dentro del sistema de comercio mundial) surgieron infinidad de cuestionamientos relativos al alcance del sistema, sus efectos, modos de aplicación, interpretación y algún probable choque con el sistema internacional o los sistemas locales.

² Su antecesor el GATT recibió 300 solicitudes en 47 años.

³ Información de Hughes Valerie, directora de la Secretaría del Órgano de Apelación de la OMC (periodo 2001-2005) en su conferencia “The DSU: Its Operation”, presentada en el Seminario *Entendimiento sobre la Solución de Diferencias de la OMC, Pasado, Presente y Futuro*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 10 y 11 de noviembre 2005.

La pretensión del presente trabajo es dar elementos para la comprensión de estos rubros, observando el panorama general de la PI en el ámbito internacional; además, entender el funcionamiento del sistema y dejar cuestionamientos abiertos a futuros estudios más profundos. Para ello se parte de preguntas y reflexiones sobre el AADPIC como las siguientes: ¿a raíz de qué o quién y cómo surgió el acuerdo?, ¿qué objetivos persigue?, ¿cuáles son sus principios y alcances?, asimismo, hurgar sobre los efectos de la inserción de la PI en el comercio mundial luego de la llamada “revolución tecnológica”.

También en este trabajo nos referimos a los niveles de desconocimiento de los criterios de aplicación del acuerdo y del mecanismo por parte de los posibles “nuevos” usuarios, a la importancia del estudio de los medios interpretativos del acuerdo para su adecuada puesta en práctica (haciendo énfasis en los principios de la materia), e incluso se ejemplifica someramente cómo se vincula la eterna confrontación entre los países desarrollados y el resto del mundo.

II. EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (AADPIC)

Salvo lo dispuesto por el inciso d del artículo XX del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) que ya contenía referencia a los derechos de propiedad intelectual dentro de las medidas que constituyan excepciones a lo prohibido para los contratantes,⁴ en materia comercial antes del AADPIC no existían disposiciones específicas sobre la PI. El primer intento de incluir a la PI dentro del sistema comercial internacional, aunque fallido, fue la propuesta de creación de un código contra el comercio de bienes falsificados entre 1978 y 1979 al final de la Ronda Tokio (la VII Ronda de Negociación del GATT).⁵

⁴ “(...) medidas d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, *a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error...*” (las cursivas son nuestras).

⁵ Bronckers, Marco, “The Impact of TRIPS: Intellectual Property protection in Developing Countries”, *Common Market Law Review* 31, Países Bajos, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 1245.

Más tarde, a causa de la piratería y del gran desarrollo económico a partir de las “nuevas tecnologías” de las décadas de los años ochenta, y sobre todo los Estados Unidos de América, al ver sus pérdidas económicas (más de 100 millones de dólares anuales en 1986) presionó, desde los diversos foros internacionales en materia de PI, para solucionar la falta de regulación y protección de las figuras nuevas y la ampliación en la normatividad ya existente.⁶

De este modo, en la Conferencia Diplomática sobre Cuestiones del Derecho de Autor y Derechos Conexos, auspiciada por la OMPI en 1996, se intenta revisar la Convención de Berna para regular aspectos como los programas de computación y los de transmisión vía satélite, las nuevas manifestaciones de fonogramas (videocasetes, *cd's, lasser discs*), las obtenciones vegetales, patentes y marcas en ramos como el químico-farmacéutico, industrias del entretenimiento, el editorial, las bases de datos, y la piratería. Como resultado de esta reunión multilateral, se integran a la Convención de Berna, normas sobre los programas de computadora y las bases de datos; pero no se logra un consenso más trascendente.⁷

Por otra parte, ante la incapacidad⁸ para lograr sólidos consensos desde los foros de la OMPI y el marco de los “acuerdos eje” en materias como los programas de computación y los de transmisión vía satélite, las nuevas manifestaciones de fonogramas (videocasetes, *cd's, lasser discs*), las obtenciones vegetales, patentes y marcas en ramos como el químico-farmacéutico, industrias del entretenimiento, el editorial, las bases de datos y la piratería,⁹ las potencias, observando el impacto que la materia estaba alcanzando económicamente, optan por atacar desde otra trinchera: el sistema internacional de comercio. Así, en la Ronda Uruguay (VIII

⁶ Cfr. García Moreno, Víctor Carlos, “El capítulo XVII del TLCAN y su influencia en la nueva ley mexicana el derecho de autor”, en Becerra, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 104.

⁷ Cfr. Ovalle Bueno, Rocío, “La protección jurídica de las bases de datos en México. De los lineamientos internacionales a la nueva Ley Federal del Derecho de Autor”, *ibidem*, pp. 299 y ss.

⁸ Algunos doctrinarios coinciden en que lo que llevó a este fracaso fue la complejidad del foro de que se trataba (gran diversidad de intereses, en un marco poco preparado para el tipo de decisiones requeridas).

⁹ Aunque hay que decir que como resultado de esta reunión multilateral, se integran a la Convención de Berna, normas sobre los programas de computadora y las bases de datos; pero no se logra un consenso más trascendente.

Ronda de Negociación) en la que se establece, luego de casi 10 años de negociación (1986-1994) la nueva manera de estructurar el sistema de protección del comercio a nivel mundial con la creación de la OMC, además se logra incluir junto a la regulación de la mercancía y los servicios, la de los bienes intangibles, es decir la PI.¹⁰

Ahora bien, para entender el contexto del AADPIC es importante comprender la ubicación convencional de este acuerdo. Siguiendo a Manuel Becerra, el AADPIC se ubica por su contenido sustantivo, derivado de los convenios “eje” y al sistema de solución de controversia, dentro de la segunda generación de tratados en materia de PI. Entre los rasgos más destacados de estos tratados tenemos que están contenidos en tratados comerciales, se basan en tratados de primera generación, aumentan la protección a la PI y establecen además de normas sustantivas, normas adjetivas para ser incorporadas al derecho interno de los Estados.¹¹

A modo complementario presento a continuación un esquema con la clasificación del autor:

Tratados de 1a. generación:

- a) Los que crean normas sustantivas para protección internacional, es decir crean una estructura jurídica base.
- b) Los que crean sistemas adjetivos para cooperación internacional crean *v.gr.* instituciones comunes.
- c) Los que crean sistemas de clasificación.

Tratados de 2a. generación, son los que incluyen:

- a) Principios fundamentales para protección.
- b) Procedimientos de represión para las violaciones en materia de la PI.
- c) Mecanismos de consulta y de solución de controversias.

De esta manera, el AADPIC es considerado por la OMC como uno de sus “tres pilares”¹² y como “el acuerdo multilateral más completo en

¹⁰ Bercovitz, Alberto, “El derecho de autor en el acuerdo TRIPS”, *Propiedad intelectual en el GATT. Temas de derecho industrial y de la competencia*, 2a. ed., Argentina, Ciudad Argentina, 2000, pp. 15-17.

¹¹ Véase Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 24 y ss.

¹² Los dos restantes son la regulación del comercio de servicios, y el de mercancías.

materia de propiedad intelectual”.¹³ Muestra su carácter *sui generis* básicamente debido a su alcance, aplicabilidad, y porque aborda temas de importancia social.¹⁴ Lo referente al alcance y aplicabilidad se explica ya que solicita de los Estados miembros establecer ciertos aspectos específicos que conforman disposiciones “mínimas” sobre procedimientos, vigencias, y medidas de aplicación en sus legislaciones nacionales. Lo referente al interés social se refleja, por ejemplo, en los resultados de la Ronda Doha¹⁵ en relación con el uso de las licencias, medidas de apoyo, y ampliación de plazos para ciertos países con bajo nivel de desarrollo.

Como todo acuerdo de PI, el AADPIC busca la simplificación de trámites nacionales, la protección, promoción y difusión de derechos, y mejorar la libre circulación de los bienes. Esta protección en materia de PI permite brindar cierto grado de seguridad e incentiva a las empresas para invertir en los lugares que han adoptado el tratado debiendo motivarse al mismo tiempo el desarrollo y la transferencia de tecnología.

El AADPIC se firmó el 15 de abril de 1994 y entró en vigor el 10. enero de 1995; está compuesto por 73 artículos, y es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC. Esto último quiere decir que los 149 territorios aduaneros miembros de la OMC (hasta diciembre del 2005) deben implementar el acuerdo por completo,¹⁶ pues está incluido en el “paquete único” o *single undertaking* que implicaba la adopción del acuerdo de Marrakech.

Por tener como marco a la OMC y el GATT, además de estar regido por los principios básicos de trato nacional y trato de la nación más favorecida,¹⁷ se le aplica el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (conocido por

¹³ http://www.wto.org/spanish/tratpo_s/TRIPS_s/TRIPS_s.htm, fecha de acceso 24 de mayo de 2006.

¹⁴ Véase Abbott, F., UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.18, p. 1.

¹⁵ A partir de la creación de la OMC, lo que antes serían las rondas son ahora conferencias ministeriales; en ellas se reúnen todos los miembros de la organización cada 2 años por lo menos. Doha por lo tanto es la tercera Conferencia Ministerial de la OMC.

¹⁶ Salvo dos circunstancias: los denominados acuerdos plurilaterales (relativos a Comercio de aeronaves civiles, Contratación pública, Productos lácteos, y Carne de bovino que fueron negociados en la ronda Tokio (1973-1979) y de los cuales sólo los dos primeros no han expirado), y por los periodos de transición para los miembros iniciales (varían según su desarrollo).

¹⁷ Este último no estaba contemplado en el Convenio de París y se refiere a “que los privilegios que concede un Estado a los nacionales de cualquier otro país se extiende au-

sus siglas ESD) en casos de controversias por cuestiones de inobservancia del AADPIC. No obstante, y mostrando su carácter especial dentro de los acuerdos de la OMC, este acuerdo se vincula directamente con otros acuerdos previamente existentes y administrados fuera del ámbito de la OMC, es decir, que la comprensión de su alcance depende muchas veces de la lectura conjunta con esos otros acuerdos.

Así, para la conformación del acuerdo se decidió mantener el contenido sustantivo del Convenio de París y de Berna¹⁸ con su última acta (París 1971), y algunas disposiciones de otros acuerdos como el Tratado de la PI respecto a los circuitos integrados (IPIC por sus siglas en inglés)¹⁹ y la Convención de Roma. Se establecieron así los límites mínimos de protección en la materia, para sólo añadir nuevas disposiciones (más bien complementarias en su mayoría) con respecto a las nuevas necesidades surgidas a partir de la “era de la información” o “era posindustrial”²⁰.

Por lo tanto, los elementos nuevos del AADPIC son: disposiciones administrativas (técnicas), medios de aplicación/ejecución, y principios. Los temas incluidos son: derecho de autor y derechos conexos, marcas, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado e información no divulgada. Así este tratado contiene en su conjunto las materias, los derechos, excepciones, alcance, nivel de protección, y duración mínima requeridos para estandarizar los niveles de protección otorgados por las partes miembros de los acuerdos sobre PI.²¹

El acuerdo limita su regulación de manera general en su artículo 1.2, estableciendo los rubros que comprende, por un lado establece las nuevas figuras protegidas como los derechos conexos, y por otro aclara la extensión que hace a los acuerdos eje y a la regulación de figuras asimiladas que puedan surgir a futuro.

Además, se hace imprescindible para este tema remitirse a los principios, pues ellos sientan las bases de aplicación del tratado. Este sistema

tomáticamente y sin condiciones a los nacionales de los demás Estados”, García Moreno, *op. cit.*, nota 6, p. 105.

¹⁸ Con motivo a las diferencias del sistema *droit d'auteur* con el de copyright, las disposiciones sobre derechos morales son lo único del Convenio de Berna que no se incluye como parte obligatoria de los AADPIC.

¹⁹ *Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits*.

²⁰ Es por esto que incluso al AADPIC se le llega a conocer como “el Acuerdo de Berna y París ampliado”.

²¹ Cfr. Pugatch, Meir P., 6J.W.I.T, pp. 437 y 438.

jerárquico toma en cuenta la velocidad con que se desarrolla la PI a causa de los cambios tecnológicos constantes, y por lo tanto se toman con más consideración los medios que mejor ayudan a su interpretación.²² De esta manera, y considerando las fuentes tradicionales y el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia con respecto al derecho internacional de la PI, luego de los tratados se ubican por su importancia, los principios. En nuestra materia fungen un papel muy importante ya que en el caso de existir imprecisiones en la legislación.²³ Luego viene la costumbre, las decisiones judiciales y la doctrina (también importante en nuestro tema).

De este modo y tomando como referencia al AADPIC, tenemos los siguientes principios, básicos para aplicar el mecanismo de controversias de la OMC:

1. Principio de flexibilidad

Es un principio de suma importancia ya que facilita la aplicación del acuerdo mediante la libertad que brinda a sus miembros para elegir, de acuerdo a su sistema jurídico, el método que ellos consideren más eficaz para aplicar las disposiciones del Acuerdo. Esto, hay que recalcar, tiene efectos también en cuanto al número de países que lo logren implementar es decir, contribuye a que el acuerdo tenga un mayor alcance de aplicación y de adopción entre los distintos Estados parte. El AADPIC lo contiene en su artículo 1o.²⁴

²² Blakeney, Michael, “International Intellectual Property Jurisprudence after TRIPS”, *Intellectual Property in the New Millennium, Essays in Honour of William R. Cornish*, en Vaver, David y Bently, Lionel (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 4 y 7.

²³ Como señala Cassese, “...they can be drawn upon for the construction of legal provisions, in case rules on interpretation prove insufficient”. Cassese, Antonio, *International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 86.

²⁴ Artículo 1o. Naturaleza y alcance de las obligaciones:

1. Los Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos (...).

2. Principio de trato nacional

El principio de trato nacional, derivado en materia de PI del Convenio de Berna, consiste en pedir a los firmantes la obligación de no dar a los extranjeros un menor trato del que se da a los nacionales de su Estado. Esto aplica obviamente para efectos de obtención y aplicación de derechos de PI como señala expresamente el inciso 1 del artículo 3o. del AADPIC.²⁵

3. Principio de nación más favorecida

Este principio hace referencia a que no se deberá dar privilegios a individuos de alguna de las partes contratantes, esto es, la no discriminación entre los particulares y empresas extranjeras. En el AADPIC está contenido en el artículo 4o. e incluye cuatro supuestos de excepción, importantes al momento de intentar activar el mecanismo de solución de controversias.²⁶

²⁵ Artículo 3o.: Trato nacional

1. Cada Miembro concederá a los nacionales de los demás Miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad intelectual, a reserva de las excepciones ya previstas...

²⁶ Artículo 4o. Trato de la nación más favorecida

Con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros. Quedan exentos de esta obligación toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedidos por un Miembro que:

a) se deriven de acuerdos internacionales sobre asistencia judicial o sobre observancia de la ley de carácter general y no limitados específicamente a la protección de la propiedad intelectual;

b) se hayan otorgado de conformidad con las disposiciones del Convenio de Berna (1971) o de la Convención de Roma que autorizan que el trato concedido no esté en función del trato nacional sino del trato dado en otro país;

c) se refieran a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, que no estén previstos en el presente Acuerdo;

d) se deriven de acuerdos internacionales relativos a la protección de la propiedad intelectual que hayan entrado en vigor antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, a condición de que esos acuerdos se notifiquen al Consejo de los ADPIC y no constituyan una discriminación arbitraria o injustificable contra los nacionales de otros Miembros.

4. Principio de transparencia

Consiste en que los miembros del acuerdo sobre los ADPIC están obligados a publicar y/o dar acceso tanto al público como a los gobiernos sobre las leyes, reglamentos, o decisiones que surjan relativas o derivadas al acuerdo en sus Estados. Está fundado en el artículo 63 del acuerdo.²⁷

5. Principio del agotamiento de derechos

El agotamiento de derechos o *exhaustion of rights*²⁸ tiene su base en la naturaleza *sui generis* de los derechos de PI y se refiere a que una vez que un producto se ha introducido legalmente al comercio, el titular del derecho no puede detener su posterior comercialización. En palabras de Schoenbaum y tratando en específico el caso del agotamiento de derechos en patentes: “once a patented product has been sold anywhere under the authority of patent holder, the patent holder has no right to prevent further sale or importation anywhere in the world”²⁹

A falta de disposición legal específica, en la práctica es común ver distintos criterios en su aplicación, incluyendo una diversa posición según los distintos productos de que se trate.³⁰ El AADPIC únicamente señala al respecto (en su artículo 60.) que no se llevará ante los paneles, contro-

²⁷ Artículo 63. Transparencia

1. Las leyes, reglamentos, decisiones judiciales definitivas y resoluciones administrativas de aplicación general hechos efectivos por un Miembro y referentes a la materia del presente Acuerdo (existencia, alcance, adquisición, observancia y prevención del abuso de los derechos de propiedad intelectual) serán publicados o, cuando tal publicación no sea factible, puestos a disposición del público, en un idioma del país, de forma que permita a los gobiernos y a los titulares de los derechos tomar conocimiento de ellos. También se publicarán los acuerdos referentes a la materia del presente Acuerdo que estén en vigor entre el gobierno o una entidad oficial de un Miembro y el gobierno o una entidad oficial de otro Miembro...

²⁸ Sobre el agotamiento de derechos, véase Phillips, Jeremy y Firth Alison, *Introduction to Intellectual Property Law*, 2a. ed, Londres, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1990, p. 314.

²⁹ Schoenbaum, Thomas J., “Intellectual Property and the WTO”, *Waseda proceedings of comparative law*, vol. 6, Tokio, Institute of Comparative Law Waseda University, 2003, p. 52, la traducción es mía.

³⁰ Abbott, *op. cit.*, nota 14, p. 8.

versia alguna derivada de este principio.³¹ La situación del agotamiento del derecho se debe a que es una cuestión que quedó inconclusa durante los trabajos de la Ronda Uruguay.

No obstante, el tema ha sido estudiado, y en la doctrina internacionalista existen dos criterios aplicables. Por un lado está el agotamiento internacional y por otro el agotamiento nacional, ambos supuestos se dan una vez que el producto ha sido comercializado. El primero permite al titular del derecho mantener control internacional sobre el producto impidiendo que alguien con un derecho paralelo importe el producto libremente sin autorización del titular. En el segundo, no hay facultad del titular para detener el derecho de importación paralela.

III. INTERPRETACIÓN

De inicio, para la interpretación y aclaración de disposiciones del acuerdo se debe acudir al Consejo de los AADPIC que es el encargado de administrar el acuerdo, verifica el cumplimiento de sus disposiciones, de las adecuaciones de legislaciones nacionales e interviene en las negociaciones de la materia.³² Luego, por su carácter de acuerdo internacional, para la interpretación del AADPIC debemos remitirnos evidentemente a las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT). Sus artículos 31 y 32 marcan la pauta a seguir. El artículo 31 está dividido en cuatro incisos y se refiere en general a los elementos a tomar en cuenta para la adecuada interpretación de los tratados. Hace alusión a la buena fe, objeto y fin del tratado; texto, preámbulo, anexos y contexto; los acuerdos y prácticas posteriores relativas al mismo, y el otorgamiento de un sentido especial en casos determinados.³³ El artículo 32 por su parte hace referencia a los medios accesi-

³¹ Artículo 6o. Agotamiento de los derechos

Para los efectos de la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, a reserva de lo dispuesto en los artículos 3o. [trato nacional] y 4o. [nación más favorecida] no se hará uso de ninguna disposición del presente Acuerdo en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual.

³² http://www.wto.org/spanish/tratop_s/TRIPS_s/tripfq_s.htm#SingleUndertaking fecha de acceso: mayo del 2006.

³³ Artículo 31. “Regla general de interpretación:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin.

bles y útiles de interpretación complementarios (trabajos preparatorios y circunstancias de la preparación del tratado) accesibles para confirmar o aclarar sentidos interpretativos.³⁴

El Órgano de Apelación (en lo subsecuente OA) del sistema de solución de diferencias ante la OMC ha confirmado esto y además ha incluido específicamente al derecho consuetudinario y al *jus cogens*³⁵ dentro de los medios de interpretación. Por cuanto a los órganos titulares de una interpretación, serían los órganos judiciales, arbitrales, u otros encargados de conocer de las controversias en materia de PI según sea el foro ante el cual se ventila el asunto. Por ejemplo, en el tema de nuestro estudio serían el (Órgano de Solución de Controversias (en adelante OSD) y el OA en quienes estaría la facultad de interpretar tanto el TRIPS como los acuerdos eje y otros vinculados al TRIPS para la resolución de controversias al marco de la OMC.³⁶

Es común y aceptado que se consulte durante las controversias a especialistas, y a la OMPI (ya que el trabajo de esta organización incluye datos sobre los tratados que administra, guías interpretativas, etcétera). El trabajo de la OMPI ha tenido más influencia en las decisiones de los grupos especiales (GE) que las resoluciones de tribunales nacionales en los procedimientos del OSD ante la OMC. Recordemos que aunque la OMPI no administra ni participó directamente en la conformación de este

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por lo cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

³⁴ Artículo 32. “...se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

³⁵ Recordemos que el *jus cogens* es el único caso en que se obliga el estado aún sin haber dado aceptación tácita o expresa de ello.

³⁶ Abbott, *op. cit.*, nota 14, p. 12.

importante acuerdo, no se puede dejar de lado su trascendencia histórica y utilidad. Además, no se ha mantenido del todo alejada del AADPIC; el 1o. de enero de 1996, es decir un año luego de su entrada en vigor, entró en vigencia un acuerdo de cooperación entre la OMPI y la OMC respecto de la aplicación del nuevo acuerdo.

Pero volviendo al tema de la interpretación, nos ha parecido de gran interés señalar ciertos aspectos que por su carácter *sui generis* o por su nueva y/o somera regulación y su aplicación en la práctica, deben ser observados en cuanto a la interpretación del AADPIC. Sobre todo como elementos auxiliares para aquellos que litigan las controversias. A continuación algunos ejemplos.³⁷

- Los países que han invocado el AADPIC en las distintas controversias ante la OMC se han remitido a los precedentes de otros casos ya resueltos o a la doctrina que es donde usualmente se encuentran lineamientos para la aplicación de la reglas, de este modo se puede asegurar una buena argumentación del caso.
- Hacer referencia ante el GE o el OA de alguna resolución nacional que respalde implícita o explícitamente a alguna disposición de costumbre internacional.
- Es importante utilizar y tomar en cuenta el principio de flexibilidad y las diversas opciones de tratamiento o recepción que a nivel doméstico se puede dar al derecho internacional de PI.
- Observar los posibles elementos débiles del oponente con relación al AADPIC y sus disposiciones nacionales en el mismo tema en controversia o en otros.
- Comprender que el AADPIC respeta completamente las obligaciones dispuestas en los convenios “eje”, pero que puede modificar los derechos que no tengan allí situación de obligatorios.
- Tomar en cuenta las lagunas en cuanto al alcance de figuras como el agotamiento del derecho o del derecho de copia para uso privado.

Por último y con respecto a los posibles cuestionamientos que se pudieran presentar a los órganos de interpretación tenemos los siguientes: cuestionar, por ejemplo, sobre los límites del principio del agotamiento de derechos; saber si los GE están obligados frente a interpretaciones

³⁷ *Ibidem*, pp. 4-40.

nacionales o de la propia OMPI en relación con los acuerdos expresamente vinculados con el ADPIC; conocer el rango de discrecionalidad que dan los paneles y OA para el caso de la aplicación de los derechos de PI (flexibilidad), tomando en consideración los diversos sistemas legales de aplicación, y cuáles son los parámetros para determinar una efectiva aplicación, entre otros muchos planteamientos.³⁸

IV. PROTECCIÓN NACIONAL

Al igual que en derecho internacional *lato sensu*, existen tres modalidades³⁹ para obtener la aplicación del derecho internacional de la PI (DIPI) en los ámbitos nacionales y con esto lograr la protección de los derechos allí contenidos. Son los mencionados a continuación:

1. Por cláusulas: se refiere a la inserción de cláusulas o normas relacionadas con la protección en las propias leyes nacionales.
2. Por reciprocidad: este es un principio que consiste en que si un país protege los derechos de los autores extranjeros, el país de origen lo hará también.
3. Por convenios: se trata de convenios específicamente con ese objeto, pueden ser de tipo bilateral, regional, y otros multilaterales.

Ahora bien, pasando a la fase práctica, hay algunos aspectos elementales necesarios para lograr la aplicación o protección de los derechos de PI en los niveles nacionales. Pugatch señala tres,⁴⁰ en primer término, los aspectos administrativos referidos a infraestructura y personal capacitado; en segundo lugar, se habla de ejecución que se logra estableciendo procedimientos judiciales,⁴¹ finalmente, asistencia técnica de los países desarrollados para el caso de países que así lo requieran. Esta ayuda debe ser tanto financiera como educativa y tecnológica.

Otro aspecto importante para observarse en la aplicación doméstica de los derechos de PI, pero más bien de carácter interpretativo, es el prin-

³⁸ *Idem.*

³⁹ Cfr. Herrera Meza, Humberto Javier, *Iniciación al derecho de autor*, México, Limusa, 1992.

⁴⁰ Véase Pugatch, *op .cit.*, nota 21, pp. 438 y 439.

⁴¹ Aquí se habla de procedimientos de carácter penal y civil tanto para prevenir como para castigar las violaciones a los derechos de la PI, de medidas provisionales, recursos, medidas en frontera, e incluso de la creación de tribunales especiales en materia de la PI.

cipio de la “aplicación directa” que surte efectos en legislaciones en que una vez adoptados los tratados, automáticamente pasan a ser parte del derecho nacional. Esto en contraposición a aquellos Estados en que se deben implementar nuevas leyes y disposiciones para la aplicación de los derechos de PI. Lo notable es que países como los Estados Unidos de América y las comunidades europeas (CE) prefieren la primera opción ya que normalmente la segunda se traduce en la posibilidad de que los particulares acudan en cualquier momento ante los tribunales invocando el contenido del tratado y todo lo que esto implica. En cambio de la otra forma se puede regular la implementación del tratado a gusto del órgano del Estado que intervenga para esta función.

También debe tomarse en consideración la diferenciación que debe realizarse entre normas obligatorias y discrecionales. Las obligatorias son las que deben aplicar las autoridades, las discretionales son las que las autoridades pueden aplicar. Esto es importante pues en la práctica la mayoría de las veces se impugnan normas obligatorias para aplicar el AADPIC en la solución de controversias, o en dado caso cuando algún miembro ha usado una norma discrecional en un modo contrario a las obligaciones de los miembros de la OMC.⁴²

Por último y a modo complementario tenemos algunos parámetros para la medición de los niveles de protección que se pueden llegar a tener en los sistemas de protección de PI:⁴³

- a) Intensidad, fuerza o grado de monopolio.
- b) Término (por ejemplo 20 años para patentes).
- c) Ámbito o alcance (qué tanto se protege o qué figuras se incluyen para la protección).

V. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL A NIVEL INTERNACIONAL

El ámbito internacional en materia de PI ofrece como medios para la solución pacífica de controversias los típicos medios reconocidos por la doctrina del derecho internacional, y que normalmente aceptan la convivencia con otros métodos. Están divididos en medios políticos (negociación, investigación, mediación, conciliación, buenos oficios), y los medios juris-

⁴² Abbott, *op. cit.*, nota 14, pp. 5 y 6.

⁴³ Pugatch, *op. cit.*, nota 21, pp. 440-442

diccionales (arbitraje y el arreglo judicial o decisiones judiciales).⁴⁴ Entre los métodos más usados en nuestra materia están los paneles, (destacando los de la OMC, a continuación desarrollados) y el arbitraje. Sobresale en este último campo el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI que es el mecanismo principal de solución de controversias para los casos relativos a la utilización y el registro indebidos de nombres de dominio de Internet conocidos habitualmente como “ciberocupación indebida”.⁴⁵

1. El entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la ESD y el ADPIC

Por lo que hace a los paneles de la OMC, en materia de PI se debe recurrir a su sistema general. Tomando como referencia la clasificación de medios arriba desglosados, ubicaremos dentro de los medios jurisdiccionales al método establecido en el ESD, incorporándolo en una tercera subclasiificación de los medios jurisdiccionales, como un método *quasi* judicial.⁴⁶ Este mecanismo tiene una naturaleza de derecho económico. Esto significa que a pesar de que las controversias deben darse entre Estados, su objeto es proteger a los nacionales del propio estado contra medidas coercitivas o actos de política económica implementados por otro Estado.⁴⁷ Existe desde el GATT de 1947 para resolver controversias en materia de relaciones comerciales, y se mejoró en 1994 con la creación del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la ESD, anexo al acuerdo de la OMC.⁴⁸ En general este sistema de solución de controversias aporta seguridad y previsibilidad para el siste-

⁴⁴ Oropeza García, Arturo, “La solución de controversias en el ALCA: un marco comparativo”, *Derecho del comercio internacional, temas y actualidad. Solución de controversias*, Argentina, Zavalla-DECITA, 2004, p. 43; Becerra Ramírez, Manuel, “Derecho internacional público”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. X, pp.123 y 124, y véase también el artículo 33 de la Carta de San Francisco.

⁴⁵ En 2003, se sometieron al Centro 5.722 casos en virtud de la Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio (conocida por “Política Uniforme”) y su eficacia radica en que todo el procedimiento se realiza en línea, por lo tanto las resoluciones se ejecutan en un corto plazo (dos meses), y con bajo costo.

⁴⁶ Es Cassese quien habla del sistema ante la OMC como un método *quasi* judicial y obligatorio para la solución de controversias comerciales. *Op. cit.*, nota 23, p. 223.

⁴⁷ Herdegen, Matthias, *Derecho económico*, 2a. ed., Medellín, Fundación Konrad Adenauer, 1998, pp. 157 y 158.

⁴⁸ Cassese, *op. cit.*, nota 23, p. 223.

ma multilateral de comercio pues preserva los derechos y obligaciones de los miembros al marco de los acuerdos contemplados como parte de la OMC y aclarando las disposiciones de esos acuerdos según el derecho internacional vigente.

En primer lugar habrá de recordarse que ya el GATT de 1947 nos remitía para la solución de controversias, a sus artículos XXII y XXIII. Tras la Ronda Uruguay en 1994 (en la que también surge el AADPIC), se crea el ESD. Luego de las modificaciones encontramos un sistema con plazos fijos, más judicializado y menos político, con un órgano permanente de apelación, con carácter integrado, introduciendo la figura del “consenso negativo” y manteniendo los dos artículos en mención.⁴⁹ Con esto se estableció el sistema vigente hasta hoy día, el cual se aplica a todos los acuerdos abarcados por la OMC incluyendo el TRIPS.

Precisamente, es la parte V del AADPIC en sus artículos 63 y 64 la que se refiere a la prevención y solución de diferencias. El artículo 63 abarca lo referente al principio de transparencia (ya comentado *supra* en III.2), y en el artículo 64 en su inciso 1 se puede observar la vinculación con los artículos del GATT. Este apartado señala que al marco del AADPIC las bases para la solución de controversias se regirá por lo dispuesto en los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994 y por lo dispuesto en el ESD.⁵⁰

Por cuanto hace a los artículos del GATT en mención, el primero se refiere a las proposiciones y consultas entre los miembros; es decir, las comunicaciones entre las partes antes de que se haga un reclamo formalmente vía el establecimiento de consultas, y con el objeto de llegar a una conciliación.⁵¹ Por su parte, el artículo XXIII señala en su inciso 1 las

⁴⁹ Ferraz, Valeria y Odarda, Omar, “La reforma del sistema de solución de disputas de la organización Mundial del Comercio: estado actual de las negociaciones”, *Derecho del comercio internacional, temas y actualidad. Solución de controversias*, Argentina, Zavalla-DECITA, 2004, pp. 152 y 153.

⁵⁰ Artículo 64. Solución de diferencias

1. Salvo disposición expresa en contrario en el presente Acuerdo, para las consultas y la solución de las diferencias en el ámbito del mismo serán de aplicación las disposiciones de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas por el Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

⁵¹ Artículo XXII. Consultas.

1. Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo.

causas de anulación o menoscabo y en el inciso 2 continúa describiendo en lo general el procedimiento para la solución de controversias.

En lo referente a las causas de anulación o menoscabo (inciso 1)⁵² Abbott explica los tres casos enumerando: a) violación, b) no violación, y c) situación. La violación se refiere a toda aquella infracción de alguna disposición que cause anulación o menoscabo de derechos de la otra parte, así como en sus expectativas de beneficios; en realidad es el recurso más usado. El segundo supuesto consiste no en una violación como las antes descritas, sino a que se da por medio de una acción u omisión concretizada (que cause anulación o menoscabo también en los derechos de la contraparte). Finalmente, la llamada situación, poco se ha estudiado y no ha sido base para alguna decisión del OSD.⁵³

El inciso 2 del artículo XXIII abarca las etapas posteriores a las consultas. Inicia con el sometimiento de la diferencia ante el OSD, que no es otra cosa más que la totalidad de miembros firmantes del acuerdo de la OMC. Aquí se designará el órgano de solución de controversias ante el cual se ventilará el caso para luego formular recomendaciones a las partes y/o en su caso aplicar las sanciones respectivas. Prevé también la posibilidad de pedir opinión de diversas partes y organizaciones, y los plazos para denunciar el acuerdo.⁵⁴

2. Las partes contratantes podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para la que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1.

⁵² Artículo XXII. Anulación o menoscabo

1. En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo, o

b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo, o

c) que exista otra situación, dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas.

⁵³ Abbott, *op. cit.*, nota 14, p. 36.

⁵⁴ Artículo XXIII. (...) 2. Si las partes contratantes interesadas no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable o si la dificultad surgida es una de las previstas en el apartado c) del párrafo 1 de este artículo, la cuestión podrá ser sometida a las partes

Para conocer el resto del procedimiento debemos remitirnos al ESD, documento que describe las etapas del mecanismo de solución de diferencias ante el OSD y el OA en caso de llegar a él. Los objetivos del OSD prevén en un primer tiempo lograr una solución mutuamente aceptada. Para el caso de no llegar a una resolución de este tipo, se contempla la supresión de medidas (cuando se constata que hay incompatibilidad con los acuerdos), compensación (sólo si se imposibilita la suspensión de medidas o en el *inter* en que se suprimen), y por último se tiene prevista la suspensión de concesiones o cumplimiento de otras obligaciones (esto se realiza de modo discriminatorio y con autorización del OSD).⁵⁵

De inicio debemos señalar que es el OSD quien administra el procedimiento. Tiene facultades para establecer los GE, adoptar sus informes así como los del OA, y vigilar la aplicación de resoluciones.⁵⁶ Este es un órgano colegiado por lo que la decisión de los especialistas del GE debe consultarse en el OSD a fin de tener congruencia con todos los casos. Hay básicamente tres etapas, la primera etapa consiste en las consultas, la segunda el establecimiento del GE a solicitud del reclamante o demandante, y la tercera la apelación en su caso.⁵⁷ La composición de los grupos especiales se da normalmente por tres especialistas propuestos

contratantes. Estas últimas efectuarán rápidamente una encuesta sobre toda cuestión que se les someta al respecto y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. Las partes contratantes podrán, cuando lo juzguen necesario, consultar a partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente. Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes para que suspendan, con respecto a una o más partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General cuya suspensión estimen justificada, habida cuenta de las circunstancias. Cuando se suspenda efectivamente esa concesión u otra obligación con respecto a una parte contratante, ésta podrá, en un plazo de sesenta días a contar de la fecha de aplicación de la suspensión, notificar por escrito al Secretario Ejecutivo de las partes contratantes que es su propósito denunciar el Acuerdo General; esta denuncia tendrá efecto cuando expire un plazo de sesenta días a contar de aquél en que el Secretario Ejecutivo de las partes contratantes haya recibido dicha notificación.

⁵⁵ Véase artículo 30. del ESD.

⁵⁶ Véase artículo 20. del ESD.

⁵⁷ La petición del reclamante debe figurar en el orden del día de alguna de las sesiones del OSD para ser establecido en la siguiente reunión salvo consenso negativo para no establecerlo. Se incluye la petición, informe sobre realización de consultas, fundamentos, medidas en litigio, y en su caso el texto del mandato especial que se solicite.

por la secretaría a las partes (salvo que las partes acuerden en un plazo de 10 días un grupo de 5), quienes dictaminarán si se han infringido la normatividad internacional.⁵⁸

La función del GE es realizar una evaluación objetiva de los hechos para formular conclusiones que ayuden al OSD en las recomendaciones o resolución. A esto se le conoce también como mandato uniforme. El informe se adoptará salvo que haya consenso negativo, es decir que todos los miembros del acuerdo se opongan, o que alguna de las partes del conflicto lo sometan a apelación. Para el caso de la apelación, que no puede durar más de 90 días, existe un grupo de siete miembros, pero del cual sólo deliberarán tres para cada caso. Esta apelación se interpone en contra del informe del GE, y sólo abarca cuestiones de derecho, es decir interpretaciones jurídicas en las que el OA sólo está facultado para confirmar o revocar la decisión del GE. De este modo, una vez aprobado el informe final se hace firme y obligatoria la decisión, debiéndose dar cumplimiento a esta. Para el caso de no hacerlo, se puede solicitar al OSD la autorización para imponer medidas (ya comentadas).⁵⁹

En resumen, las etapas básicas del procedimiento ante los paneles de la OMC y según el ESD son las que a continuación se enlistan:⁶⁰

- Se inicia con la solicitud de celebración de consultas (proposiciones).
- Conciliación, buenos oficios o mediación,⁶¹ o en resultados negativos se solicita la formación del GE para examinar el caso.
- Conclusiones del GE.
- Adopción del informe por el OSD.
- Recomendaciones y/o resoluciones del OSD.
- Aceptación de las partes ó petición de revisión por el OA.
- Reformulación de medidas o confirmación del OSD.
- Implementación de las recomendaciones y en su caso sanciones por incumplimiento.

⁵⁸ Para conocer el procedimiento de los GE véase el artículo 12 del ESD.

⁵⁹ Véase también Witker, Jorge y Hernández, Laura, *Régimen jurídico del comercio exterior*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 132-135.

⁶⁰ Véase el ESD, Oropeza, *op. cit.*, nota 44, pp. 21 y 22, y Ferraz, *op. cit.*, nota 49, p. 153.

⁶¹ Según el artículo 5o. del ESD, estos procedimientos son voluntarios, confidenciales, no prejuzgan derechos, y se pueden solicitar en cualquier momento, es decir que pueden convivir con el GE.

2. Casos prácticos

En la interposición de controversias ante la OMC hay un predominio de casos de propiedad industrial sobre derechos de autor. A la cabeza de las controversias se encuentran los casos de patentes. De 24 casos existentes desde la entrada en vigor del AADPIC, son 11 controversias interpuestas ante los paneles de la OMC en materia de patentes y dos en marcas; el resto se distribuye entre derechos de autor y conexos con siete casos, y en materia de propiedad intelectual en lo general con cuatro.⁶² De estos la mayoría de países han decidido llegar a un acuerdo o solución mutuamente acordada: 13 de los 24 casos, donde seis (de los siete existentes) corresponden a derechos de autor.

La duración de las controversias oscilan entre seis meses y cinco años, estos extremos varían dependiendo de si hay conciliación, o el tiempo que las partes requieren para cumplir las decisiones. En muchos casos, la decisión implica cambiar la legislación doméstica de los países, situación que explica la lentitud en los resultados. Otras cifras, también importantes, se refieren a los artículos del AADPIC más invocados, es decir cuya violación se reclama. Predominan las relativas al artículo 27 que se refiere a la obtención y exclusión de derechos de patente; el 65 referido a los períodos de aplicación, de aplazamiento (para los países no desarrollados)⁶³ y la cláusula de no degradación, y el 70, relativo a la vigencia de la protección. Esto se menciona sólo para crear una idea general ya que su análisis merece un estudio por separado.

Destacan por último las cifras sobre los países que han activado el mecanismo; como es de esperarse son en su mayoría países desarrollados. Tenemos 15 casos interpuestos por Estados Unidos de América, seis por las CE, y uno para Canadá y Australia respectivamente. Esto en contraposición a un solo caso interpuesto por un país no desarrollado: Brasil.⁶⁴ Esto muestra que existe desconocimiento en relación con el funcionamiento y alcances del sistema en estos países, o que no hay la prepara-

⁶² Son los casos abiertos al público en la página de la OMC: <http://www.wto.org> a junio de 2006.

⁶³ Por países no desarrollados me refiero a los países en desarrollo y a los menos desarrollados, siguiendo los criterios de la OMC.

⁶⁴ Véase la controversia WT/DS224 interpuesta en 2001 en contra de Estados Unidos de América. Vale la pena señalar que ni siquiera se llegó en esta controversia a la conformación de Grupo Especial, ha quedado suspendida.

ción suficiente para activar el mecanismo. Como ya se ejemplifica anteriormente con las licencias obligatorias y los acuerdos AADPIC-plus, estas diferencias numéricas tienen grandes efectos en el sistema internacional de PI, y reflejan muchas veces los problemas y desequilibrios de la actualidad mundial.

Si unimos los datos arrojados hasta ahora con relación a los Estados que han activado el mecanismo, con los datos del contenido de las controversias (violaciones invocadas) llegamos desde una perspectiva muy interesante y especial (que mezcla la regulación internacional de la PI con la problemática social a uno de los problemas más graves del mundo: la desigualdad entre los países, y la lucha por el control. Esta situación se ha visto fuertemente agudizada con la globalización y se refleja de modo importante en la aplicación del AADPIC.

Así, vemos que de lado de los países desarrollados se observa claramente que si no hay una adecuada protección a los derechos de PI no habrá incentivos para invertir y continuar desarrollando los sistemas de PI. Del lado de los países en desarrollo, la teoría es que los países desarrollados que obtienen protección a la PI en esos países, debieran contribuirles con transferencia de tecnología, fomentando tanto el desarrollo de sus sistemas de PI como de sus creaciones, innovaciones e investigación con el supuesto trato especial que se establece para ellos en los acuerdos; incentivando con esto al desarrollo integral de estos Estados y entonces de un mundo menos polarizado.⁶⁵ La cuestión de los Estados en desarrollo es que no cuentan ni con las vías legislativas ni operacionales para aplicar los acuerdos aunque se comprometan con ellos. Es cierto que organizaciones como la OMPI, OMC, e inclusive el Banco Mundial (BM) prestan servicios auxiliares de tipo financiero, educativo y tecnológico sobre todo, para promover el desarrollo de la PI en los países menos desarrollados (PMD). Esto no es suficiente pues en la práctica los países desarrollados pugnan por mantener su crecimiento a costa de los no desa-

⁶⁵ El artículo 67 del AADPIC señala: “Con el fin de facilitar la aplicación del presente Acuerdo, los países desarrollados Miembros prestarán, previa petición, y en términos y condiciones mutuamente acordados, cooperación técnica y financiera a los países en desarrollo o países menos adelantados Miembros. Esta cooperación comprenderá la asistencia en la preparación de leyes y reglamentos sobre protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual y sobre la prevención del abuso de los mismos, e incluirá apoyo para el establecimiento o ampliación de las oficinas y entidades nacionales competentes en estas materias, incluida la formación de personal”.

rrollados cediendo lo menos posible e incluso creando figuras *sui generis* (como los acuerdos *trips-plus*) para ello.

Veamos a continuación un ejemplo de como se interrelacionan todos estos aspectos en la práctica; dando pauta al mismo tiempo para el establecimiento de nuevas y muy delicadas controversias tanto en el ámbito político como en los foros comerciales.

Del 9 al 14 de noviembre de 2001 en Doha, Qatar, se llevo a cabo la Conferencia Ministerial de la OMC mejor conocida como la Ronda Doha.⁶⁶ Uno de los temas allí abordados fue la PI relacionada con la salud pública. Esta declaración toma en cuenta, sobre todo, las peticiones de países africanos (los menos desarrollados)⁶⁷ en relación con el acceso a drogas que ataque enfermedades como el SIDA, y la problemática de la protección de patentes farmacéuticas frente a la existencia de grandes empresas productoras y exportadoras de medicamentos genéricos en esos lugares. Buscando subsanar un poco las carencias de estos países no desarrollados⁶⁸ se obtuvo como resultado el último día de la reunión, una declaración especial sobre el Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública.⁶⁹ Esta declaración permite a los miembros de la OMC usar licencias obligatorias (*compulsory licensing*), y extiende los plazos para la regulación de las patentes farmacéuticas.⁷⁰ Por un lado esto ayudó a impulsar la aplicación y observancia de la declaración y del acuerdo mismo, en un ámbito más amplio de Estados al implementar nuevamente algo así como una “gradual asimilación”. Por el otro, y como es de imaginarse, esto molestó a los países desarrollados, quienes buscan maneras alternas de mantener el control y obtener beneficios.

Uno de los medios lo intentó Estados Unidos de América en el caso que interpuso contra Brasil el 30 de mayo de 2000 (controversia DS/199). Se atacaba la Ley de Propiedad Industrial brasileña alegando la violación del AADPIC en sus artículos 27 y 28 porque dicha ley establecía

⁶⁶ Carlos M. Correa analiza ampliamente la declaración, véase WHO/EDM/PAR/2002.3.

⁶⁷ LDC's least developed countries: “the poorest in terms of money, physical resources and manpower, and usually the least able to assist themselves” Phillips, *op. cit.*, nota 28, p. 319.

⁶⁸ Schoenbaum, *op. cit.*, nota 29, pp. 49 y 50.

⁶⁹ Hay dudas sobre el carácter legal de la declaración, no queda claro si debe usarse como fuente de interpretación del AADPIC. Existen al respecto diversas teorías, algunos doctrinarios la ven como una decisión, otros, como mera declaración de los ministros.

⁷⁰ Abbott, *op. cit.*, nota 14, pp. 9 y 10.

como requisito la “explotación local” para evitar las licencias obligatorias. Luego de diversos intentos de negociación, en febrero de 2001 el OSD establece el GE. Para el 5 de julio de ese año se informa al OSD una solución mutuamente acordada entre las partes. Posiblemente, uno de los aspectos que llevó a la pronta solución del procedimiento es que Brasil había contestado al ataque de Estados Unidos de América de una manera inteligente y ejemplar. El 31 de enero de 2001, Brasil solicitó la celebración de consultas (caso DS/224) con los Estados Unidos de América al haber encontrado algunos elementos discriminatorios dentro de su código de patentes, mismos que desde luego se contraponían al AADPIC y a los principios del GATT. El caso quedó suspendido sin establecer GE ni informe alguno de solución acordada.

Otra vía, desde luego más eficaz para los Estados Unidos de América fue el incremento de los “acuerdos AADPIC/TRIPS plus”.⁷¹

Desde el 2000 se han instrumentado estos acuerdos que no son más que acuerdos tanto bilaterales como regionales entre países desarrollados y en desarrollo conocidos también como “acuerdos de asociación” que se conforman por normatividades que exceden al contenido del Acuerdo de los ADPIC.

Estos acuerdos AADPIC-plus parten de los estándares establecidos por Estados Unidos de América y la Unión Europea (en adelante UE) principalmente. Toman muy en cuenta a los grandes empresas, organizaciones no gubernamentales (ONG’s), políticos, consumidores y todas aquellas figuras que se vean afectadas por las decisiones de los gobiernos de estos Estados en materia de PI. Tal es el caso de las compañías farmacéuticas en Estados Unidos de América, por ejemplo, para todo lo que implique cambios o nueva regulación en materia de patentes. Tales son los efectos de estos acuerdos en la regulación del derecho internacional de la PI tanto al presente como para el futuro, que se han realizado estudios analizando las tendencias que se siguen en los acuerdos regionales y bilaterales TRIPS-plus celebrados por la UE y los Estados Unidos de América. Un estudio realizado por Pugatch nos brinda la posibilidad de apreciar las posturas que establecen por su lado cada una de estas potencias, concluyendo que aquellos tratados dirigidos por Estados Unidos de América son más detallados y profundos que los de la UE. Explica que los Estados Unidos de América, en algunos casos se sirven de la figura de alargamiento, por ejemplo en la regulación de las marcas, cuando se

⁷¹ Pugatch, *op. cit.*, nota 21, p. 465.

amplían los tipos registrables (por ejemplo sonidos), o en la duración de la protección de patentes como es el caso del TLCAC⁷² o el acuerdo con Singapur en cuanto a la duración de patentes farmacéuticas. La UE, aunque si establece en algunos casos nuevas disposiciones (como en las indicaciones geográficas en el acuerdo de asociación UE-Chile), en lo general, tiene tendencia a apegarse más bien a los tratados existentes solicitando a sus contrapartes adherirse a ellos.

El punto toral de todo esto no es que los países desarrollados están, con estos acuerdos, violando la normatividad internacional en materia de PI (recordemos el principios de flexibilidad que lo permite) sino que los países no desarrollados se están quedando rezagados en cuanto a participación internacional en materia de PI. Si ya son parte del sistema internacional, por qué no usarlo. Mucho se podría hacer ahora que pocos se atreven a intentarlo. Ya los resultados de la Ronda Doha han mostrado algunos intentos, pero quedan aún muchas posibilidades como la petición de ayuda expresamente señalada en el AADPIC. Si se toman en cuenta los criterios de interpretación y aplicación, los beneficios de la estructura prevista en el AADPIC podrían ser promisorios para coadyuvar con el desarrollo de los países con altos índices de pobreza.

VI. CONCLUSIONES

Dentro de los efectos positivos derivados de la inserción del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio en el sistema mundial de comercio, encontramos con que la PI da un gran salto por cuanto hace a efectividad y alcance en la solución de controversias mediante el establecimiento de grupos especiales y órganos de apelación al marco del ESD, el GATT y el AADPIC. Las estadísticas muestran la utilidad y satisfacción de los usuarios en otros rubros manejados por la OMC. Ahora la PI comienza a dar pasos, con 24 controversias en 10 años, empieza a dar muestras de lo importante que es brindarle una regulación adecuada en el mercado mundial.

El tratamiento de la PI dentro del comercio no ha sido fácil, por un lado, debido a su naturaleza *sui generis* y, por el otro, por ser el primer intento de regulación de este tipo. Se han presentado cuestionamientos e

⁷² Tratado de Libre Comercio de América del Centro, firmado en mayo de 2004, el capítulo relativo a la PI es el XV. Es tan específico que se le conoce como un: “to-do-list” o “Nanny approach”.

imprecisiones en relación con el alcance, efectos, modos de aplicación e interpretación del sistema de solución de controversias en materia de PI ante la OMC, y muchos de los usuarios, —en su mayoría países desarrollados— interponen las primeras controversias, tomando ventaja de lo más posible.

La situación es que hoy en día existen muchos más foros y más accesibles medios de comunicación, y esto hace un poco más viable la lucha de aquellos Estados situados en desventaja. Surgen nuevos temas de controversia como los acuerdos TRIPS plus (en beneficio de los países desarrollados) frente a las negociaciones de la Ronda Doha (en favor de los no desarrollados) y de aquí, además de grandes temas a estudiar en el futuro, nuevas motivaciones para invocar los mecanismos de solución de diferencias.

De aquí deriva otro punto importante. Es necesario concienciar a los Estados (sobre todo los no desarrollados), sus gobiernos y población con respecto a la importancia y alcances de la PI para obtener los posibles beneficios (que podrían implicar un más veloz desarrollo de sus economías) derivados de la normatividad que en muchos casos ya está vigente pero no se activa (ni en beneficio ni en defensa) por desconocimiento.

Finalmente para poder conocer el sistema, si se pretende activar el mecanismo de solución de controversias; es de suma importancia tomar en cuenta los criterios interpretativos aplicables a la solución de controversias; desde la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, pasando por los criterios de la OMPI y los principios del acuerdo, hasta el contenido de casos precedentes. Es inminente para la buena aplicación del acuerdo, la amplia comprensión del TRIPS mismo, con todo lo que pueda derivar de su contenido, y su relación con otros tratados. Diferenciar adecuadamente entre normas obligatorias y discrecionales; cuidar los aspectos administrativos y procedimientos judiciales al interior de los miembros del acuerdo, invocar la asistencia debida... y regular los aspectos que aún tienen lagunas importantes.