

## EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO (TPP) A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Manuel BECERRA RAMÍREZ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto de tratado.* III. *La naturaleza expansiva del TPP.* IV. *La maraña de TLCs y la cláusula de coexistencia.* V. *El TPP es ambiguo y vago. Los objetivos del TPP, normas que guían la interpretación del Tratado.* VI. *¿Es posible la reserva del TPP?* VII. *La cláusula federal.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

El 5 de octubre de 2015, después de varios años de negociación en secreto en diferentes ciudades del Pacífico, doce países participantes en el Acuerdo de Asociación TransPacífico (TPP por sus siglas en inglés: Trans-Pacific Partnership) anunciaron la conclusión de sus negociaciones, y más tarde, el 3 de febrero de 2016, sus participantes firmaron el Tratado en Nueva Zelanda: Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam, países con diferente nivel de desarrollo.

Sin embargo, cuando el TPP se envió para su aprobación a los órganos legislativos internos, la presidencia de Donald Trump retiró a los Estados Unidos de su proceso de aprobación y ratificación. Esto no causó sorpresa, pues había sido una promesa de campaña del ahora nuevo presidente estadounidense. La salida de la potencia de América del Norte hace imposible la continuación del proceso de adopción del Tratado, pues éste requiere para su entrada en vigor que lo ratifiquen seis de los doce Estados, y que además representen por lo menos el 85% del producto nacional bruto de

---

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

todos los miembros. Se trata de un candado a favor de Estados Unidos y Japón, que juntos significan el 79% del PIB.

No obstante la “muerte súbita” del TPP, su análisis es importante, pues existe la propuesta de algunos de los Estados miembros para abrirlo nuevamente a la negociación sólo para quitarle el candado, o bien tomar lo negociado para nuevos tratados, o bien la adecuación de la legislación interna a los nuevos estándares negociados en el TPP. Esto último es posible en el caso de la propiedad intelectual que aquí nos interesa.

El TPP es un tratado muy ambicioso, compuesto de un preámbulo y 30 capítulos, su impacto sería fuerte en la economía de los firmantes, como en otro momento lo tuvo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o el Tratado de Marrakech (Marruecos) mediante el cual se da por terminada la Ronda Uruguay del GATT y se firma el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).

El TPP es un tratado de carácter multilateral que en materia de propiedad intelectual (PI), a lo que se refiere este trabajo, sigue las tendencias de los que se denominan como TRIPs o ADPIC plus, pues toma como punto de partida ese código-tratado en materia de PI, de gran envergadura, que es el ADPIC, y va más allá en la protección de sus titulares. En efecto, los tratados de libre comercio posteriores al TLCAN y TRIPs, entre ellos con Costa Rica, Marruecos, Chile, Jordania, Singapur, etcétera, contienen normas que aumentan la protección obtenida anteriormente. En ese sentido, tienen una tendencia progresiva.

Pero a fin de cuentas, el TPP es un tratado internacional que está sujeto a las normas del derecho internacional y del derecho interno en su momento de recepción. Por lo tanto, son aplicables a él: la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y, en el ámbito interno mexicano, las normas de recepción del derecho convencional internacional, es decir, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y dos leyes concretas, que son las leyes de tratados de 1992 y 2005.

En consecuencia, por la trascendencia del tema, en este trabajo hacemos una descripción de las normas internas e internacionales que se aplican al TPP desde su firma hasta la entrada en vigor, haciendo hincapié en la problemática que pudiera presentarse a lo largo del proceso.

## II. CONCEPTO DE TRATADO

Hablar del TPP como tratado parecería ocioso si no es que su concepto es un punto de partida para determinar la naturaleza jurídica de las partes que lo

componen. El TPP es un tratado en los términos que señalan tanto la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (Viena 69) como la Ley sobre la Celebración de Tratados (LST) de 1992,<sup>1</sup> que es claro que se inspira en la primera. De acuerdo con Viena 69, se entiende por tratado: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (artículo 2o.).

Esta última definición es más precisa, dado que establece los límites del tratado a “un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos...” y “cualquiera que sea su denominación particular”. Estas expresiones son importantes, pues desafortunadamente en la práctica de los Estados en algunas ocasiones los gobiernos se escudan en una denominación diferente a la de “tratado” o “convención” para evadir la función de los órganos internos de control a quienes les corresponde la aprobación del tratado; por ejemplo, se habla de “acuerdo político”. En este caso, Viena 69 se limita, más que al título o la forma, al contenido.

Otro caso patológico que suele suceder es que fuera de las negociaciones oficiales, y por personas no autorizadas para suscribir el tratado final, se suelen negociar acuerdos que obligan a los políticos (con recursos del Estado, por supuesto) pero no son oficiales, así sucedió en el caso de “las cartas paralelas” que se celebraron en la negociación del TLCAN.<sup>2</sup>

El TPP podemos calificarlo como un tratado “multilateral”, por la serie de Estados negociadores, y además no es simple, es complejo y de naturaleza “expansiva”.

### III. LA NATURALEZA EXPANSIVA DEL TPP

El TPP tiene una tendencia —que tienen los tratados TRIPs-plus— expansiva o aglutinadora de otros tratados. Su carácter expansivo se puede ver desde dos perspectivas. La primera es que los negociadores acuerdan que

---

<sup>1</sup> “El Convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos”.

<sup>2</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas «cartas paralelas»”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. I, 2001, pp. 121-164.

los miembros del tratado que se negocia deben además adherirse a otros tratados, lo cual, así de simple, aumenta las obligaciones para ellos. Lo que trae por consecuencia que los órganos de recepción interna del tratado (por ejemplo, en el caso de México, el Senado) deban medir con cuidado el impacto de las obligaciones contraídas al aceptar los otros tratados que vienen en “paquete”. Así, no sólo los negociadores, sino también el órgano interno de aprobación del tratado, deben contar con un equipo especializado en PI que sepa medir el impacto de la adhesión a otros tratados.

Así, por ejemplo, el TPP establece en su artículo 18.7:

Artículo 18.7: Acuerdos internacionales

1. Cada parte afirma que ha ratificado o se ha adherido a los siguientes acuerdos:

(a) *Tratado de Cooperación en materia de Patentes*, enmendado el 28 de septiembre de 1979;

(b) Convenio de París, y

(c) Convenio de Berna.

2. Cada parte deberá ratificar o adherirse a cada uno de los siguientes acuerdos, en caso de no haberlo hecho todavía, a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo para dicha parte:

(a) Protocolo de Madrid;

(b) Tratado de Budapest;

(c) Tratado de Singapur [1];<sup>3</sup>

(d) UPOV 1991 [2];

(e) TODA, y

(f) TOIEF.<sup>4</sup>

Notas:

[1] Una parte podrá satisfacer las obligaciones en el párrafo 2(a) y 2(c) ratificando o adhiriéndose ya sea al Protocolo de Madrid o al Tratado de Singapur.

[2] El Anexo 18-A se aplica a este subpárrafo.

Esto obliga a que el análisis del TPP en el Senado deba ampliarse al de los tratados en los cuales nuestro país no sea parte y al impacto económico para los involucrados. Por ejemplo, el caso de México, quien es parte de UPOV 1979 a partir de la suscripción del TLCAN, pero si ratifica el nuevo

---

<sup>3</sup> El 27 de marzo de 2006 fue adoptado por 147 Estados miembros de la OMPI el Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, que viene a ser una revisión del Tratado sobre el Derecho de Marcas de 1994.

<sup>4</sup> Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en Materia de Patentes, adoptado en 1977.

tratado tiene que cambiar de perspectiva y adherirse a UPOV 1991. ¿Cuál es la consecuencia? Pérez Miranda con acierto lo nota en varios de sus trabajos. En principio, el optar por UPOV 1991 significa dar doble protección a las variedades vegetales, ya que permite además su patentamiento, con lo cual se trata de satisfacer lo que “es una demanda de las empresas comercializadoras de plantas (semillas) y animales transgénicos”.<sup>5</sup> Pero además, hay un cambio muy trascendente, pues la adhesión a UPOV 1991 significa “autorizar el patentamiento o protección de los descubrimientos”, lo cual “...implicaría autorizar la apropiación por particulares, nacionales o extranjeros, de la mayor parte de la diversidad biológica mexicana”.<sup>6</sup> Y aún más, confirma la tendencia de que el movimiento de protección de la PI gradualmente rebasa los límites entre invención (que es susceptible de apropiación) y descubrimiento, que no es susceptible de comercialización.<sup>7</sup>

Aparte de ese tipo de expansión, en el TPP hay también otra que es una expansión a áreas no estrictamente de PI, tales como “nombres de dominio”,<sup>8</sup> los proveedores de servicios de Internet,<sup>9</sup> o bien la regulación del dominio público.<sup>10</sup> En ese sentido, tiene el tratado un expansionismo ambicioso a áreas que en otro momento eran manejadas por la sociedad civil. Por ejemplo, hace veinte años era un bastión de la sociedad civil el Internet y su contenido, en una idea de autorregulación. Sin embargo, los gobiernos, concretamente los desarrollados, han empezado a incursionar en el gobierno del Internet y es precisamente el TPP un ejemplo concreto.

#### IV. LA MARAÑA DE TLCs Y LA CLÁUSULA DE COEXISTENCIA

A esta característica expansiva del TPP es posible agregar otra: la sobreposición de tratados de libre comercio celebrados por México, que crea una maraña normativa que hay que seguirle la hebra. En efecto, México tiene un

---

<sup>5</sup> Pérez Miranda, Rafael J., “Temas actuales en materia de propiedad intelectual en las negociaciones internacionales”, en Negro, Sandra (coord.), *Tendencias actuales en propiedad intelectual*, Argentina, AbeledoPerrot-UBA, Facultad de Derecho, 2013, p. 145.

<sup>6</sup> Pérez Miranda, Rafael J., *Derecho de la propiedad industrial. Patentes, marcas, obtentores de vegetales, informática. Un enfoque de derecho económico*, México, Porrúa, 2006, p. 222.

<sup>7</sup> En efecto, esta tendencia ya ha sido observada en la doctrina de la PI; véase Bergel, Salvador D., “Los rumbos cambiantes del derecho de la propiedad industrial”, en Negro, Sandra (coord.), *Tendencias actuales en propiedad intelectual*, cit., p. 13.

<sup>8</sup> Artículo 18.28 del TPP.

<sup>9</sup> Sección J, Proveedores de servicio de Internet, artículos 18.81 en adelante.

<sup>10</sup> Artículo 18.15 del TPP.

número muy grande de tratados de libre comercio (véase tabla) a partir del TLCAN y el ADPIC que, como sabemos, en materia de PI, desde su vigencia, ha constituido el nuevo estándar mínimo sobre la materia.

TABLA DE TRATADOS DE LIBRE COMERCIO  
CELEBRADOS POR MÉXICO

- TLC México-Colombia
- TLC México-Costa Rica
- APP México-Uruguay
- TLC México-Triángulo Norte
- APP México-Paraguay química
- ACE México-Brasil
- TLC México-Nicaragua
- APP México-Paraguay fonográfica
- ALADI México-Ecuador-Paraguay
- TLC México-Perú
- ACE México-Bolivia
- ALADI México-Brasil
- APP México Panamá
- TLC México-Israel
- TLC México-Chile
- TLC México-Uruguay
- APP México-Uruguay electrónica
- ALADI México-Argentina-Brasil-Cuba-Ecuador-Paraguay-Uruguay
- ALADI México-Ecuador
- TLC México-Países miembros de la UE
- ACE México-Mercosur
- TLC México-Costa Rica-Salvador-Guatemala-Honduras-Nicaragua
- TLC México-AELC
- ALADI México-Paraguay
- ALADI México-Argentina
- ALADI México-Uruguay
- ACE México-Cuba
- APP México-Uruguay fonográfica
- Culturales-ALADI

Pero precisamente este universo de tratados es perceptible a tal nivel que la doctrina ha acuñado el concepto de *noodle bowl*, ya que el fenómeno es muy marcado en Asia e inexcusablemente, toda esa maraña de tratados de libre comercio que existe en los Estados asiáticos puede ser complicada en términos de interpretación y aplicación, ya que las obligaciones se pueden contradecir o sobreponer.

Es por ello que los Estados negociadores del TPP, conscientes de tal situación, adoptaron una fórmula a la que denominan cláusula de coexistencia:

Artículo 1.2: Relación con otros tratados.

1. Reconociendo la intención de las partes del presente Tratado para coexistir con sus tratados internacionales existentes, cada parte confirma, (a) en relación con los tratados internacionales existentes en los que todas las partes son parte, incluyendo el Acuerdo OMC, sus derechos y obligaciones existentes entre ellas; y (b) en relación con los tratados internacionales en los que dicha parte y al menos otra parte sean parte, sus derechos y obligaciones existentes con respecto a la otra parte o partes, según sea el caso.

2. Si una parte considera que una disposición del presente Tratado es incompatible con una disposición de otro tratado en el que ésta y al menos otra parte sean parte, a solicitud de las partes relevantes del otro tratado *consultarán con miras a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria. Este párrafo es sin perjuicio de los derechos y obligaciones de una parte de conformidad con el Capítulo 28 (Solución de Controversias)* (énfasis añadido).

En realidad, la cláusula de coexistencia lo único que hace es remitir al sistema de solución de controversias, pero aquí está el problema: ¿qué normas se pueden aplicar en la interpretación de los tratados? La respuesta es inmediata: Viena 69. En principio, la idea o la obligación para todas las partes en un tratado es que se cumpla de buena fe, además de que el cumplimiento se prefiera al de una norma de derecho interno;<sup>11</sup> sin embargo, lógicamente pueden existir contradicciones en los tratados, en cuyo caso hay que decidir cuál norma se puede aplicar.

En el sistema jurídico nacional, en caso de contradicción se debe preferir, en primer lugar, la norma constitucional y después la de los tratados.

---

<sup>11</sup> Viena 69 establece: “Observancia de los tratados.

Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

Si se prefiere, como debe de ser, la aplicación de la norma constitucional en detrimento de la internacional sabemos, de acuerdo con Viena 69, que entrará el Estado en responsabilidad internacional. Por lo tanto, lo ideal es que no exista esa contradicción desde los inicios, es decir desde la negociación del TPP o en el momento de expresar la ratificación del tratado. Por eso es claro que la negociación de un tratado de tal magnitud como el TPP debe ser siempre acompañada de los órganos encargados de la aprobación interna para prever o vigilar que sea constitucional *ab initio*.

Pero supongamos que haya contradicción entre los tratados y no se solucione por mutuo acuerdo, entonces se tendrá que recurrir a los sistemas de solución de controversias, y en tal caso quien resuelva tendrá que aplicar el sistema de interpretación de los tratados que contiene Viena 69, la cual contiene normas en materia de sucesión de tratados:

Artículo 30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas,<sup>12</sup> los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3.

b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado

---

<sup>12</sup> El artículo 103 se refiere a la supremacía, en caso de contradicción con otro tratado, de la Carta de San Francisco.



cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

En términos generales, lo que guía la solución de controversias es el principio general del derecho: una norma posterior prevalece frente a la anterior. Ese mismo principio, en esencia, está contenido en el artículo 59, de Viena 69.<sup>13</sup>

Ahora bien, el TPP, ante el mar de tratados de libre comercio que México tiene celebrados, definitivamente puede tener contradicciones. Tomemos, por ejemplo, el caso de las patentes de segundo uso. El artículo 27 del ADPIC establece:

#### Materia patentable

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial...

Como vemos, en ningún caso se refiere a los segundos usos; en cambio, el TPP primero reconoce los elementos clásicos que deben reunir los inventos para ser considerados como patentables, pero además agrega:

#### Artículo 18.37: Materia patentable

1. Sujeto a los párrafos 3 y 4, cada parte pondrá a disposición patentes para cualquier invención, ya sea un producto o un proceso, en cualquier campo de la tecnología, siempre que dicha invención sea nueva, conlleve una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial.

2. Sujeto a los párrafos 3 y 4 y de conformidad con el párrafo 1, cada parte confirma que las patentes están disponibles para invenciones que se reivindicuen como al menos uno de los siguientes: *nuevos usos de un producto conocido, nuevos métodos de usar un producto conocido, o nuevos procesos de uso de un producto*

---

<sup>13</sup> “Artículo 59. Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior.

1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él, celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o

b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes”.

*conocido. Una parte puede limitar dichos procesos a aquellos que no reivindiquen el uso del producto como tal (énfasis añadido).*

Pero además agrega inmediatamente lo que se ha denominado “cláusula moral”, que permite excluir en algunos casos la patentabilidad:

3. Una parte puede excluir la patentabilidad de invenciones de las cuales la prevención de la explotación en su territorio sea necesaria para proteger el orden público o la moralidad, incluyendo la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, o para evitar un perjuicio serio al medio ambiente, siempre que dicha exclusión no se lleve a cabo meramente porque su explotación esté prohibida por la ley de dicha parte. Una parte puede excluir también de patentabilidad:

(a) métodos de diagnóstico, terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento de humanos o animales;

(b) animales que no sean microorganismos, y procesos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procesos no biológicos o microbiológicos.

4. Una parte también puede excluir de patentabilidad plantas que no sean microorganismos. *Sin embargo, de conformidad con el párrafo 1 y con sujeción al párrafo 3, cada parte confirma que las patentes estarán disponibles al menos para invenciones derivadas de plantas (énfasis añadido).*

Como vemos, las partes novedosas en el TPP son relativas a las patentes de segundo uso y “las patentes para invenciones derivadas de plantas”.

En ese sentido, el estándar que inclusive adopta nuestra ley se debe modificar. En efecto, la Ley de Propiedad Industrial mexicana establece:

Artículo 19. No se considerarán invenciones para los efectos de esta Ley:

I. Los principios teóricos o científicos;

II. Los descubrimientos que consistan en dar a conocer o revelar algo que ya existía en la naturaleza, aun cuando anteriormente fuera desconocido para el hombre;

III. Los esquemas, planes, reglas y métodos para realizar actos mentales, juegos o negocios y los métodos matemáticos;

IV. Los programas de computación;

V. Las formas de presentación de información;

VI. Las creaciones estéticas y las obras artísticas o literarias;

VII. Los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano y los relativos a animales, y

VIII. La yuxtaposición de invenciones conocidas o mezclas de productos conocidos, su variación de uso, de forma, de dimensiones o de materiales, salvo que en realidad se trate de su combinación o fusión de tal manera que

no puedan funcionar separadamente o que las cualidades o funciones características de las mismas sean modificadas para obtener un resultado industrial o un uso no obvio para un técnico en la materia.

Como se ve, tanto para el TLCAN como para la legislación mexicana no son patentables los segundos usos, pues carecen de los requisitos de patentabilidad: novedad y actividad inventiva,<sup>14</sup> además de que, en algunos casos, se pueden considerar como descubrimientos y sabemos bien que no son patentables, caen en el dominio público puesto que son la base del desarrollo científico. Aparte del gran impacto económico que significa para los bolsillos de los consumidores el extender las patentes.

Pues bien, no obstante las muchas razones técnicas y económicas (desde la perspectiva de los consumidores y de la salud pública) que se pueden dar para no patentar los segundos usos, el TPP da un giro de 180 grados. En realidad, ésta es una muestra de que con la segunda generación de derechos de la PI, ligados a los tratados de libre comercio, de manera creciente se “invade” el campo del conocimiento científico para entrar al campo del conocimiento de la propiedad intelectual que, como sabemos, no es libre y está sujeto al comercio.

Pero volviendo a nuestro tema, la existencia de dos tratados con contenido contrapuesto: el TLCAN con la ley interna (la Ley de Propiedad Industrial) vs. el TPP, vigentes ambos en el mismo espacio geográfico, ¿cuál de los dos prevalece? De acuerdo con la cláusula de coexistencia y de interpretación, a la luz de Viena 69, prevalecerían las normas del TPP.

Sin embargo, el asunto no queda ahí, pues la adopción de las patentes de segundo uso tiene un impacto a la salud (simplemente porque su acceso se complica o se imposibilita para la población de bajos recursos económicos) y, en consecuencia, una afectación del derecho humano a la salud, con lo cual el análisis jurídico tiene una perspectiva diferente, pues tiene que ver, en el caso de México, con el mismo control de convencionalidad que hay que hacer de conformidad con los artículos 1o., 15 y 133 de la Constitución. Simplemente veamos que el artículo 15 establece:

Artículo 15. *No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de*

---

<sup>14</sup> Minutti Pérez, Karla Fiorella, *Patentes de segundo uso en el sector farmacéutico, ¿exclusividad justificada o abuso del derecho de patentes?*, México, UNAM, Facultad de Derecho, tesis de especialidad en derecho de la propiedad intelectual, 2015.

*convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte* (énfasis añadido).

En efecto, México, junto a más de cien Estados, es parte<sup>15</sup> del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),<sup>16</sup> que consagra el acceso a los medicamentos como sección del derecho a la salud;<sup>17</sup> capítulo indudable de los derechos humanos, es una positivización y codificación del derecho humano a la salud contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.<sup>18</sup> Precisamente, la doctrina reconoce que el derecho al acceso de los medicamentos es un derecho humano que se desprende del derecho a la salud.<sup>19</sup>

Así, el artículo 12 del PIDESC establece:

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
  - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.
  - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

---

<sup>15</sup> México se adhirió el 23 de marzo de 1981; fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981.

<sup>16</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976.

<sup>17</sup> Hestermeyer, Holger, *Human Rights and the WTO. The Case of Patents and Access to Medicine*, Reino Unido, Oxford University Press, 2007, p. 102.

<sup>18</sup> El artículo 3o. de la Declaración establece: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y más adelante, el artículo 25 de la Declaración establece:

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

<sup>19</sup> Bergel, Salvador Darío, “El acceso a los medicamentos como derecho humano: reconocimiento y limitaciones”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Propiedad intelectual y farmacéutica. Hacia una política de Estado*, México, ANAFAM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 80-84.

- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Independientemente de lo anterior, el aceptar las patentes de segundo uso violaría también el principio de progresividad que está reconocido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mescianos, ya que haría nugatorio un derecho antes reconocido. También se podría alegar que los derechos de autor y del inventor son derechos humanos. Si ello es así, entonces nos encontraríamos ante una colisión entre dos derechos humanos, lo cual se resolvería con la aplicación del principio *pro homine*.

La recepción en derecho interno con solidez y claridad del derecho internacional de los derechos humanos es un dique al abuso del derecho de la propiedad intelectual, que avanza en protección sin tomar en cuenta el impacto a la población, en este caso a la salud.

Ahora bien, surge la cuestión de si procede el control de convencionalidad. Recordemos que el control de convencionalidad es una obligación para los poderes de la Federación y no puede ser de otra manera, pues el incumplimiento de cualquier órgano del Estado puede causar una responsabilidad internacional.

## V. EL TPP ES AMBIGUO Y VAGO. LOS OBJETIVOS DEL TPP, NORMAS QUE GUÍAN LA INTERPRETACIÓN DEL TRATADO

Una de las características del TPP es que está redactado con un lenguaje ambiguo y vago, lo cual hay que tener en cuenta desde su análisis en el órgano de control interno encargado de su aprobación (el Senado en México), y en caso de que sea ratificado, en el momento de su aplicación y su reglamentación por las leyes que sean necesarias. Ejemplo de la vaguedad la tenemos en muchas de sus disposiciones, como:

### Artículo 18.17: Solicitud de cooperación

Las actividades e iniciativas en materia de cooperación llevadas a cabo en términos del presente capítulo estarán sujetas a la disponibilidad de recursos, y se realizarán previa solicitud. Asimismo, se sujetarán a los términos y condiciones acordados mutuamente por las partes interesadas.

Aquí la vaguedad estriba en dejar el cumplimiento de una serie de disposiciones en materia de cooperación a la “disponibilidad de recursos”; al

fin de cuentas, la cooperación internacional queda sujeta a la voluntad de los Estados.

Otro ejemplo y grave de la vaguedad del TPP es cuando se refiere a esa parte nueva que alude a la extensión del término de duración de las patentes. En efecto, el artículo 18.46 está lleno de vaguedades:<sup>20</sup> “retrasos irrazonables en el otorgamiento de patentes”, “retrasos que no sean directamente atribuibles a la autoridad otorgante”.

Además, Pedro Roffe pone el acento en cierta desventaja que tiene México respecto a otros dos países latinoamericanos miembros del TPP, Chile y Perú:

Cabe mencionar que con respecto a la extensión de la duración de las patentes por atrasos administrativos, el texto final del TPP no innova hacia un modo maximalista como se desprendía de la posición original de EE. UU. En este sentido, los países de la región, particularmente Chile y Perú, defendieron exitosamente lo ya previsto en sus respectivos TLC con el país norteamericano. El cambio, sin embargo, sí puede considerarse más importante para

---

<sup>20</sup> Artículo 18.46: Ajuste de la duración de la patente por retrasos en la oficina de patentes

1. Cada parte hará todo lo posible para procesar las solicitudes de patentes de una manera eficiente y puntual, a fin de evitar retrasos innecesarios o irrazonables.
2. Una parte podrá disponer procedimientos para que los solicitantes de patentes soliciten la aceleración del examen de sus solicitudes de patente.
3. Si se dan retrasos irrazonables en el otorgamiento de patentes por una parte, esa parte dispondrá los medios para que, a petición del propietario de la patente, se deba ajustar el periodo de la patente para compensar dichos retrasos.
4. Para los efectos de este artículo, un retraso irrazonable incluye, al menos, un retraso en el otorgamiento de una patente de más de cinco años desde la fecha de presentación de la solicitud en el territorio de la parte, o tres años después de que se haya hecho la solicitud de examen, lo que ocurra en fecha más tardía. Una parte puede excluir de la determinación de dichos retrasos, los periodos de tiempo que no ocurran durante la tramitación o el examen de la solicitud de la patente por la autoridad otorgante; los periodos de tiempo que no sean directamente atribuibles a la autoridad otorgante; así como los periodos que sean atribuibles al solicitante de la patente.

El anexo 18-D se aplica a este párrafo.

Para los efectos de este párrafo, una parte podrá interpretar que la tramitación significa la tramitación administrativa inicial y la tramitación administrativa al momento del otorgamiento.

Una parte podrá tratar los “retrasos que no sean directamente atribuibles a la autoridad otorgante” como retrasos que están fuera de la dirección o el control de la autoridad otorgante.

Sin perjuicio del artículo 18.10 (aplicación del capítulo a materia existente y actos previos), este artículo aplicará a todas las solicitudes de patentes presentadas después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo para una parte, o la fecha de dos años posterior a la firma de este Acuerdo, lo que ocurra en fecha más tardía.

México, puesto que el TLCAN no reguló estas materias con el nivel de detalle y exigencia que se encuentra en los acuerdos comerciales de Chile y Perú.<sup>21</sup>

Entonces, aquí nos encontramos con la necesidad de aplicar las normas de interpretación de los tratados contenidas en Viena 69.

En efecto, los artículos 31 y 32 de Viena 69 contienen reglas concretas 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 de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

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 refiera 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 la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma 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.

Además hay 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.

El caso es que además de su opacidad en la negociación del TPP, pues como sabemos se negoció en forma secreta, al parecer no existen “trabajos preparatorios”, que es un elemento fundamental en la interpretación de todo tratado. Lo cual acentúa la opacidad.

---

<sup>21</sup> Roffé, Pedro *et al.*, “El TPP y la propiedad intelectual: viejos conocidos y nuevos desafíos”, *Intellectual Property*, vol. 16, núm. 8, 29 de octubre de 2015.

Ahora bien, como se dijo anteriormente, “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. La interpretación de buena fe es un principio general del derecho y por otra parte hay que tomar como punto de referencia el objeto y fin del tratado. Esto es muy importante, pues como veremos en este trabajo, también se toma como punto de partida para ver si proceden o no las reservas o cuáles son los límites de las reservas, en caso de que procedan.

Entonces, veámos si el TPP tiene objetivos concretos:

#### Artículo 18.2: Objetivos

La protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir al fomento de la innovación tecnológica, y a la transferencia y difusión de tecnología, para el beneficio mutuo de productores y usuarios del conocimiento tecnológico, y en forma tal que contribuya al bienestar social y económico, así como a un equilibrio de derechos y obligaciones.

#### Y principios:

#### Artículo 18.3: Principios

1. Una parte podrá, al redactar o reformar sus leyes y reglamentaciones, adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, así como promover el interés público en sectores que sean de vital importancia para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que dichas medidas sean acordes con las disposiciones de este capítulo.

2. Se podrán requerir medidas pertinentes, a efecto de prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por parte de los titulares de derechos, o el uso de prácticas que de manera injustificada restrinjan el comercio o afecten de manera adversa el intercambio internacional de tecnología, siempre que sean acordes con las disposiciones de este capítulo.

En consecuencia, la vaguedad del TPP debe afrontarse con las reglas de Viena 69 que a su vez remiten al mismo tratado, que proclama, entre otros, “...bienestar social y económico, así como a un equilibrio de derechos y obligaciones”, “...proteger la salud pública y la nutrición de la población” y “prevenir el abuso de los derechos de la propiedad intelectual”. Lo cual permitiría, en dado caso, al legislador hacer un esfuerzo para adoptar una legislación no sólo protectora de las empresas trasnacionales, sino también de la salud pública. Pero ¿hasta dónde puede llegar esa libertad? No creemos que muy lejos, pues al final el artículo 18.3 ataja: “...siempre que sean acordes con las disposiciones de este capítulo”.



Desde esa perspectiva, con miras a que el TPP sirva como un real motor de desarrollo tecnológico y garante de la salud pública, el Estado debe recurrir a otras figuras que tiene el mismo derecho de los tratados, como las reservas y la cláusula federal.

## VI. ¿ES POSIBLE LA RESERVA DEL TPP?

Algo que hasta el momento no se ha explorado en el TPP es la interposición de reservas. El artículo 2.d) de Viena 69 entiende por “reserva”: “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. Como sabemos, el objetivo de las reservas en los tratados multilaterales es permitir que el Estado pueda ser parte de un tratado evadiendo los aspectos de éste que puedan violar su régimen interno, o bien haciendo una interpretación de alguna disposición del tratado en los términos que el Estado lo entiende.

La posibilidad de que un tratado pueda ser sujeto de reservas, en principio, depende del texto mismo del tratado, si lo permite o no, y en dado caso qué es posible reservarse y qué no. Si el tratado es omiso, como es el caso del TPP, entonces se aplican las reglas de Viena 69 sobre reservas. Hay que mencionar que el tiempo u oportunidad para formular una reserva es el “momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo”.

En el caso concreto de México, después de la aprobación del Senado o de la ratificación que haga el Poder Ejecutivo se podría formular una reserva. Las reglas de las reservas están contenidas en Viena 69, pero una regla básica que también tiene naturaleza consuetudinaria es la concordancia de la reserva con el objeto y fin del tratado. Como lo determinó la Corte Internacional de Justicia: “Es, pues, la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin de la Convención el criterio que debe determinar la actitud del Estado que hace la reserva y la del Estado que objeta a ella”.<sup>22</sup>

Si el TPP no prohíbe las reservas, en un ejercicio soberano, el Estado puede formular reservas respecto de muchas disposiciones que claramente violan los derechos humanos, o bien porque no tienen claridad, por lo cual debe interponerse un criterio de interpretación. Siempre viendo el interés nacional.

---

<sup>22</sup> Corte Internacional de Justicia, *Reserva a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, opinión consultiva del 28 de mayo de 1951.

## VII. LA CLÁUSULA FEDERAL

Viena 69 prevé la adopción de tratados por los Estados federales; en aras de respetar la soberanía de los estados federados permite que en el momento de la negociación se pueda interponer la cláusula federal, que establecería que el Estado reserva su aprobación a los estados federados. En efecto, el artículo 29 de Viena 69 establece: “Ámbito territorial de los tratados. Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

Esta facultad que tienen los Estados federales no ha sido explorada por los negociadores mexicanos, no obstante que hay en la doctrina algunas críticas<sup>23</sup> que hablan de que vía el TLCAN hay una invasión de la soberanía de los estados que componen la República mexicana, dado que la Federación compromete a las entidades federativas en competencias que les corresponden a ellas.

## VIII. CONCLUSIONES

El TPP es un nuevo instrumento normativo de una gran trascendencia dado el impacto que traerá, si se ratifica, a la economía y al marco jurídico interno de los Estados partes. Es por eso que proponemos aquí un ejercicio de aplicación del derecho de los tratados. Lo cual deberá hacerse por parte del órgano de control interno, que en el caso mexicano es el Senado.

En ese sentido, hasta que no se ratifique por parte del Ejecutivo Federal el tratado, técnicamente está sujeto a análisis y adecuación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, a final de cuentas, a las necesidades de desarrollo del país y bienestar de su población. Dada su importancia y sus características (su carácter expansivo tan amplio y que toca áreas inéditas para un tratado en materia de PI y de su vaguedad) es aconsejable un análisis cuidadoso y, en dado caso, la utilización de ciertas figuras o herramientas que permite el derecho internacional de los tratados, como las reservas o la cláusula federal.

---

<sup>23</sup> Muriá Tuñón, Arnau, “Crítica a las resoluciones de la Corte con respecto a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VIII, 2008, pp. 553-585.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- BERGEL, Salvador Darío, “El acceso a los medicamentos como derecho humano: reconocimiento y limitaciones”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *Propiedad intelectual y farmacéutica. Hacia una política de Estado*, México, ANAFAM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- BERGEL, Salvador Darío, “Los rumbos cambiantes del derecho de la propiedad industrial”, en NEGRO, Sandra (coord.), *Tendencias actuales en propiedad intelectual*, Argentina, AbeledoPerrot-UBA, Facultad de Derecho, 2013.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas «cartas paralelas»”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. I, 2001.
- HESTERMEYER, Holger, *Human Rights and the WTO. The Case of Patents and Access to Medicine*, Reino Unido, Oxford University Press, 2007.
- MINUTTI PÉREZ, Karla Fiorella, *Patentes de segundo uso en el sector farmacéutico, ¿exclusividad justificada o abuso del derecho de patentes?*, México, UNAM, Facultad de Derecho, tesis de especialidad en derecho de la propiedad intelectual, 2015.
- MURIÁ TUÑÓN, Arnau, “Crítica a las resoluciones de la Corte con respecto a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VIII, 2008.
- NEGRO, Sandra (coord.), *Tendencias actuales en propiedad intelectual*, Argentina, AbeledoPerrot-UBA, Facultad de Derecho, 2013.
- PÉREZ MIRANDA, Rafael J., *Derecho de la propiedad industrial. Patentes, marcas, obtentores de vegetales, informática. Un enfoque de derecho económico*, México, Porrúa, 2006.
- PÉREZ MIRANDA, Rafael J., “Temas actuales en materia de propiedad intelectual en las negociaciones internacionales”, en NEGRO, Sandra (coord.), *Tendencias actuales en propiedad intelectual*, Argentina, Abeledo Perrot-UBA, Facultad de Derecho, 2013.
- ROFFE, Pedro *et al.*, “El TPP y la propiedad intelectual: viejos conocidos y nuevos desafíos”, *Intellectual Property*, vol. 16, núm. 8, 29 de octubre de 2015.