

PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOBERANÍA

Manuel BECERRA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Un giro radical de la política legislativa de protección de la propiedad intelectual*. III. *La propiedad intelectual se inserta en las reglas del comercio internacional*. IV. *La creación de parámetros internacionales de protección de la propiedad intelectual*. V. *La intervención de los Estados Unidos en la creación de los patrones sobre la propiedad intelectual*. VI. *El desarrollo de la especial 301*. VII. *La ilegalidad de la 301*. VIII. *La piratería y su daño a la propiedad intelectual*. IX. *Fuerte o débil protección a la propiedad intelectual*. X. *El costo de la reestructuración de los sistemas de protección y administración de la propiedad intelectual*. XI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos 15 años el derecho de la propiedad intelectual (PI), que comprende tanto los derechos de la propiedad industrial (patentes, marcas, modelos de utilidad, diseños industriales, etcétera) como los derechos de autor ha sufrido una transformación dramática a nivel internacional. Esta transformación esta ligada fundamentalmente a dos factores: la revolución tecnológica y la globalización de las relaciones económicas internacionales.

A su vez, estos fenómenos de la revolución tecnológica y la globalización de las relaciones económicas internacionales tienen una relación inmediata con la soberanía. En efecto, como sabemos una de las manifestaciones de la soberanía es que el Estado (titular de la soberanía y como una manifestación de ella) tiene la facultad de dictar normas que rigen en un ámbito limitado por el territorio y la población. Entonces, las leyes que realizan los Estados son válidas solamente dentro de sus límites territorialmente y para una población específica. Una ley de un Estado no puede tener validez ni aplicación en el territorio de otro Estado, a menos que el segundo Estado lo autorice. Esta situación hace posible el derecho internacional. Si no existieran entidades soberanas, no habría posibilidad de que existiera el derecho internacional, ya que entonces nos enfrentaríamos a un derecho de carácter supranacional, de

aplicación *erga omnes*. Ahora bien, otra de las características de las relaciones internacionales es que es un sistema de carácter descentralizado donde no existen policías internacionales, es decir, órganos ejecutivos internacionales.

Esto tiene relación con los fenómenos antes mencionados, ya que en la globalización de las relaciones económicas internacionales los países desarrollados, verbigracia, Estados Unidos, han jugado un papel muy importante en la creación de esos parámetros o estándares internacionales de protección de la propiedad intelectual, y no siempre esos estándares se han hecho respetando la soberanía de Estados, ya que lo han hecho por medio de leyes de aplicación extraterritorial y, además, Estados Unidos ha funcionado como un policía internacional, mediante una legislación sancionatoria.

II. UN GIRO RADICAL DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A nivel internacional, en las últimas dos décadas podemos contemplar un giro radical en que se refiere a la protección de la propiedad intelectual. Nos referimos aquí a las políticas legislativas de los países que antes configuraban el bloque socialista y países subdesarrollados como Argentina y México (que a propósito, antes lideraban posiciones tercermundistas), que se han movido desde una postura meramente defensiva, como por ejemplo la limitación de los derechos de la propiedad industrial (una corta vida para las patentes; la exclusión de patentamiento en áreas como la industria farmacéutica; la existencia de registros de transferencia de tecnología en donde se establecían límites al licenciamiento; la existencia de la figura de certificados de invención, licencias obligatorias, etcétera).¹ Ese giro radical si bien se debe al fracaso de esa postura defensiva,² también en él jugó un papel muy importante el desequilibrio internacional producido por la crisis económica de los países subdesarrollados,³ y la desintegración del bloque socialista.

¹ Véase Callary S. & Y. Huerta Casado, "State Control of Technology Transfers in Latin America", *Exporting our Technology: International Protection and Transfers of Industrial Innovations*, Quebec, W&L, la Collection Bleu, 1995, pp. 215-237 y Becerra Ramírez, Manuel, "Hacia el nuevo derecho mexicano de la propiedad intelectual", *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, UNAM, 1993, t. II, pp. 163-208.

² Evidentemente, no se cumplieron los objetivos para los cuales, los países subdesarrollados planteaban la estrategia, es decir, impulsar su industrialización, lograr una transferencia de tecnología moderna (de acuerdo a las condiciones del país receptor), accesible (desde el punto de vista del costo) y además impulsar la creatividad a nivel interno.

³ La "década pérdida" de América Latina, el problema de la deuda externa minaron las posibilidades de negociación de los países subdesarrollados.

En efecto, la demanda de inversión extranjera a nivel internacional, en virtud de las necesidades de los países del ex-bloque socialista para financiar su tránsito a la economía de mercado y en general de los países subdesarrollados, produjo una gran competencia en el mercado de inversión extranjera. Los países urgidos de capitales, como nuestro país, debían y deben aceptar las condiciones dictadas por los países inversores. Estas condiciones son, entre otras, la apertura a los mercados y la mayor protección a la propiedad intelectual.

Por otra parte, los países desarrollados le conceden un gran énfasis a la protección de la propiedad intelectual, lo cual es explicable si se ve en el contexto internacional de la competencia económica que esta fincada en la base del desarrollo tecnológico. Es decir, la mayor protección a la propiedad intelectual está relacionada con la competencia comercial internacional en donde tienen ventajas los Estados que cuentan con tecnología de punta.

La explosión del desarrollo producida en el marco de la denominada tercera revolución industrial,⁴ a su vez ha causado que los países desarrollados sean más cautelosos en términos de protección de su propiedad intelectual que ante un mercado globalizado (producto de las mismas tecnologías) produce enormes ganancias y también enormes pérdidas por su utilización ilegal. Por lo tanto, una de las primeras condiciones para que las compañías extranjeras (poseedoras de capital para invertir) se establezcan en tal o cual país, es que éste cuente con normas claras, libres de obstáculos (esto quiere decir, libre de restricciones como Registros de Transferencia de Tecnología) en materia de propiedad intelectual.

Por otra parte, también esta revolución ha producido la aparición de nuevos objetos de protección por parte del derecho de la propiedad intelectual, como la protección de los circuitos integrados, la protección de los programas de computación, la biotecnología, las señales de satélite, las variedades vegetales,⁵ etcétera. Campos en donde los países desarrollados, que cuentan con esa tec-

4 Al respecto Marcos Kaplan afirma: "La tercera Revolución, en despliegue desde la Segunda Guerra Mundial, se identifica con un cambio científico y tecnológico sin precedentes, por su amplitud y su intensidad, su profundidad y su continuidad. Representa un conjunto de investigaciones científicas, de innovaciones tecnológicas y de variedad de formas productivas, en pleno desarrollo y con creciente vigencia. Ello sobre todo en lo que respecta a energía nuclear, electrónica, información, comunicación, telemática, biología, materiales. La velocidad, la intensidad y la profundidad de los desarrollos científicos técnicos, de sus impactos y de sus efectos directos e indirectos, se expresan en múltiples formas e indicadores". Véase Kaplan, Marcos, *Revolución tecnológica, Estado y derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-PEMEX, 1993, pp. 11-12.

5 Sobre el impacto de la revolución tecnológica en el derecho ver la obra en cuatro tomos, Kaplan, Marcos, coord., *Revolución tecnológica...*, op. cit.

nología se han apresurado a promover su protección jurídica, en algunos casos proponiendo o imponiendo modelos jurídicos específicos.

III. LA PROPIEDAD INTELECTUAL SE INSERTA EN LAS REGLAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL

En virtud de la importancia de la propiedad intelectual como un elemento que coadyuva a mejorar las ventajas comerciales de los Estados, sobre todo de los desarrollados, a nivel internacional, la protección de la propiedad intelectual se ha insertado en los tratados comerciales de carácter multilateral. Los ejemplos más significativos son las reglas sobre dicha materia que derivaron de la negociación del GATT, a las que se han denominado como *TRIPS* por sus siglas en inglés (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). A diferencia de los clásicos acuerdos comerciales, incluyendo al original GATT, ahora los acuerdos sobre comercio internacional contienen reglas específicas sobre propiedad intelectual, y forman parte indiscutible del derecho económico internacional.⁶ Lo curioso es observar que esa inserción fue promovida por los países desarrollados, a la cabeza Estados Unidos, y como una reacción a lo que se considera una débil protección del sistema hasta entonces existente, París-Berna. En efecto, se prefirió trabajar en un organismo que estaba en proceso de reforma, el GATT, aprovechando la creciente interdependencia del comercio internacional con la propiedad intelectual, en lugar de promover uno nuevo.⁷

Ahora bien, esas reglas son objeto de “negociación” con una gran ventaja de los países desarrollados; además, una vez que las reglas existen, la materia de ingreso a los organismos internacionales está sujeta al condicionamiento de los mismos países desarrollados, por ejemplo, la obligación de adoptar ciertos parámetros en materia de propiedad intelectual.⁸

6 Véase Benech, Frédéric, “La place du droit de la propriété intellectuelle dans le droit international économique”, *Revue Générale de Droit*, Ottawa, 1991, vol. 22, núm. 2, pp. 423-430.

7 Getlan, Myles, “TRIPS and the Future of Section 301: A Comparative Study in Trade Dispute Resolution”, *Columbia Journal of Transnational Law*, E.U., vol. 34, núm. 1, 1995, p. 176.

8 Por ejemplo, el 28 de julio de 1994, el GATT convino, en su sesión 18, discutir la readmisión de uno de sus socios fundadores, China; esto hizo expresar a un observador que: “this reentry into GATT has proven to be an important weapon in the fight by the United States to encourage reform in China’s copyright system”, ya que Estados Unidos bloqueaba sistemáticamente su entrada a dicho organismo. Véase Simpson, Amy E. “Copyright law and software regulations in the People’s Republic of China: have the chinese pirates affected Word Trade?”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, University of North Carolina, 1995, vol. 20, núm. 3, p. 625.

IV. LA CREACIÓN DE PARÁMETROS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La idea de crear reglas generales de protección de la propiedad intelectual no es nueva. Es la esencia del sistema París-Berna, e inclusive es una tendencia que se ve como un proceso natural de la regulación de la propiedad intelectual ya que lo ideal es que exista un sistema común de protección y sobre todo de administración de la propiedad intelectual y eso lo vemos, por ejemplo, en el caso de la clasificación internacional de patentes y marcas, en el nivel de examinación de las patentes, el registro, la protección de las marcas notorias, o del derecho de autor, son procesos o aspectos que requieren uniformidad.⁹ Sin embargo, cuando en esos procesos es notoria la participación de fenómenos exógenos, como por ejemplo la imposición de conceptos, de reglas, el proceso de “armonización” se torna sospechoso.

Por otra parte, en virtud de la globalización de la economía, en parte producida por esa explosión de desarrollo de la tecnología de la comunicación y de la computación, precisamente el uso y el comercio de la propiedad intelectual rebasa fronteras; entonces, ante la importancia económica que tiene la producción y comercialización de la propiedad intelectual, su protección es un aspecto esencial desde la perspectiva de los países y de las empresas creadoras que se quejan de las distorsiones producidas entre países con alto nivel de protección frente de otros con un nivel bajo; por ejemplo, la piratería que produce la venta de ejemplares a más bajo costo, en perjuicio de la actividad empresarial legítima. Esa protección incluye la creación de mecanismos coercitivos a nivel internacional en desdoro de los recursos de los Estados a nivel individual.¹⁰

Bajo estas premisas, somos testigos de un fenómeno de configuración de patrones de protección de la propiedad intelectual a los cuales los países se deben de ceñir, adecuando sus legislaciones internas a dichos patrones, si quieren formar parte de los procesos integración comercial o bien pertenecer a los organismos económicos como la Organización Mundial del Comercio (OMC) o bien ser sujetos de crédito de los organismos financieros internacionales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial.

De cualquier manera, nos encontramos ante la creación de parámetros internacionales sobre la propiedad intelectual, este es, precisamente uno de los

⁹ Véase Tramposch, A., “Harmonization of Industrial Property Laws”, *Exporting our Technology: International Protection and Transfer of industrial Innovations*, Montreal, W&L, 1995, pp. 137.

¹⁰ Antequera Parilli, Ricardo, *El derecho de autor...*, op. cit.

objetivos más importantes del Acuerdo de *TRIPS*. En efecto, el *TRIPS* tiene tres objetivos fundamentales,¹¹ el primero es crear un estándar mínimo para la protección y aplicación de los derechos de propiedad intelectual de los Estados miembros. Estos derechos incluyen los derechos de autor y los derechos vecinos, las marcas, indicaciones geográficas, diseños industriales, patentes, circuitos integrados, y los secretos industriales; el segundo es que cada país debe conceder el principio de trato nacional a los demás Estados miembros y, tercero, los Estados parte deben de conceder a un tercer Estado los mismos derechos que se conceden a los nacionales de un segundo Estado, es decir se debe de aplicar el principio de la nación más favorecida.

Estos principios concretos, aunados a la creación en seno de la misma OMC del Acuerdo por el cual se creó el Acuerdo de Solución de Controversias, *DSU*, por su nombre en inglés (*Dispute Settlement Understanding*), hacen de las reglas de la OMC el sistema internacional más completo en materia de propiedad intelectual, eso, sin soslayar el hecho de la poca participación de los países subdesarrollados en la configuración de dichas normas, lo cual debilita sobre todo la adecuación y aplicación de las normas a nivel interno.

V. LA INTERVENCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS EN LA CREACIÓN DE LOS PATRONES SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

En ese movimiento de estandarización de las reglas de protección de la propiedad intelectual ha jugado un papel muy importante la política comercial de los países desarrollados y fundamentalmente de Estados Unidos. En efecto, Estados Unidos ha ejercido una enorme influencia en la configuración de estos patrones a través de dos vías: en principio, la influencia de su legislación en los tratados internacionales sobre la propiedad intelectual. Esto lo podemos constatar en el Tratado de 1989 sobre circuitos integrados que esta inspirado en la legislación estadounidense de 1984 (*Semiconductor Chip Protection Act, SCPA*).¹² También, podemos advertir que el gran debate sobre lo que es protegible en materia de programas de computación se dio fundamentalmente en la legislación de Estados Unidos.¹³

¹¹ Véase Worthy, John, "Intellectual Property Protection After GATT", *European Intellectual Property Review*, Sweet & Maxwell, vol. 16, núm. 5, mayo de 1994, p. 195.

¹² Véase Correa, Carlos María, "Competencia y propiedad intelectual en la industria microelectrónica", *Comercio Exterior*, México, vol. 41, núm. 11, noviembre de 1991, pp. 1015-1024.

¹³ Véase Kurtz, Leslie A., "Algunos aspectos generales de la ley de derechos de autor de los Estados Unidos y el desarrollo de la protección para los programas de computación", ponencia, *I Foro Trilateral sobre Industrialización y Propiedad Intelectual*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio de 1994.

Una segunda forma, sin duda contundente, es la aplicación de medidas coercitivas unilaterales de Estados Unidos sus contrapartes comerciales, en caso de que no adecúen sus legislaciones a los parámetros establecidos. Estas medidas responden a fuertes presiones internas en Estados Unidos, y el Congreso de ese país ha dictado una legislación específica que es conocida como la *Special 301*.

VI. EL DESARROLLO DE LA ESPECIAL 301

La denominada sección 301 de la ley comercial de Estados Unidos es una prueba clara de cómo los intereses de esta potencia en muchos casos se contraponen con los de otros países (lo cual, en muchos casos es natural), pero cómo se hacen predominar, aun en contravención con las normas internacionales creadas con la participación de la comunidad internacional.

En el año de 1974, Estados Unidos expidieron la *Trade Act* que contiene disposiciones contra los socios comerciales de Estados Unidos que están involucrados en "competencia desleal".¹⁴ La sección 301 de esta ley invistió al presidente de Estados Unidos con amplias facultades para sancionar a otros Estados que realicen esa competencia desleal. La aprobación por el Congreso Estadounidense de esta ley es el resultado de la insatisfacción del Congreso por la manera como estaba siendo protegido el comercio de Estados Unidos bajo el GATT. A su vez, esto es resultado de los cabildeos de la industria, de los sindicatos de trabajadores y de las agrupaciones de comerciantes de Estados Unidos que alegan, ni más ni menos, que han sufrido pérdidas cuantiosas por la rampante piratería en muchos países.

Más tarde, en el año de 1988, el Congreso de Estados Unidos, todavía inconforme con el déficit del presupuesto del gobierno norteamericano aprobó la expansión de los poderes de la 301, mediante la aprobación de la *Omnibus Trade and Competitiveness Act*. De acuerdo con esta nueva sección 301, las facultades que tenía el presidente de investigar y sancionar pasaron a manos de la representación comercial, es decir, de la *United States Trade Representative (USTR)*, la cual actúa con amplias facultades dentro del marco de esa ley. También se realizaron dos reformas que produjeron dos subsecciones, una fue la *Super 301* y otra la *Special 301*, la primera va destinada a sancionar a los países que establecen barreras comerciales y la segunda, que es la que nos interesa, se refiere a sólo a la protección de la propiedad intelectual.

¹⁴ Al respecto ver el trabajo de Newby, Kim, "The effectiveness of Special 301 in creating long term copyright protection for U.S. companies overseas", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Syracuse, vol. 21, primavera de 1995, pp. 29-63.

De esta manera, la *Special 301* requiere que la *USTR* prepare una lista anual de los países que realicen una flagrante violación de la propiedad intelectual de Estados Unidos. Cada año, la *USTR* identifica a los países que siguen una política de no protección de la propiedad, esta lista se denomina la *Priority Foreign Countries* y además otras dos listas la *Priority Watch List* y la *Watch List*. Estas dos últimas listas no son jurídicamente obligatorias, sin embargo, la *USTR* las publica como medidas preventivas, para decirle a los Estados que tiene un grado menor de infracción, pero que ya preocupa a los estadounidenses. Hay que notar que México en el año de 1989 estuvo incluido en la *Priority Watch List*, es decir en la antesala de la *Priority Foreign Country*. La negociación del Tratado de Libre Comercio y después su ley de 1991, lo sacaron de la lista.

Ahora bien, la *USTR* tiene amplias facultades para dictar sanciones, puede por ejemplo, suspender los beneficios comerciales, imponer restricciones al comercio o bien instar al país violador a concertar acuerdos en donde éste se comprometa a mejorar su nivel de protección de la propiedad intelectual. En la práctica, se ha aplicado la *Special 301* a Taiwán, China, Tailandia y se ha producido, en todos ellos, una nueva legislación sobre la materia.

VII. LA ILEGALIDAD DE LA 301

A nivel internacional, India, Brasil y Francia son los países más acérrimos oponentes de la 301, y con razón, ya que ella no sólo viola los principios que rigen el comercio exterior, como por ejemplo el principio de no discriminación, sino los principios generales del derecho internacional como la no intromisión en los asuntos internos de los Estados, la igualdad soberana de los Estados y la obligación de solucionar por vías pacíficas las controversias.¹⁵ La aplicación de este tipo de medidas unilaterales viola los siguientes artículos de la Organización Mundial del Comercio: el I, que se refiere al tratamiento de nación más favorecida; el II, que prohíbe el incremento de cargas; el XI que prohíbe las cuotas. En general toda medida de sanción unilateral debilita las reglas y el mismo comercio multilateral que esta contenida en las reglas de comercio de la OMC.¹⁶

Por otra parte, se puede observar que también se violaría la legalidad internacional, en caso de que se aplicara a sus socios comerciales de América

15 Artículo 2, incisos 1, 3, 4 y 7 de la Carta de San Francisco.

16 Gonzales, George Y., "An Analysis of the legal implications of the Intellectual property provisions of the North American Free Trade Agreement", *Harvard International Law Journal*, Boston, vol. 34, núm. 2, primavera de 1993, pp. 305-331.

del Norte, es decir a México y Canadá. En efecto, uno de los objetivos fundamentales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es barrer con todo tipo de obstáculos al libre comercio entre los tres países. El TLCAN se rige por tres principios: el trato nacional, el trato de la nación más favorecida y transparencia; y con base en ellos se propone, entre otros objetivos, “eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las partes”.¹⁷ Entonces, sería claro que al aplicarse unilateralmente la 301, aparte de establecer obstáculos al comercio exterior, Estados Unidos estarían soslayando las vías de solución de controversias establecidos en el mismo TLCAN como en la OMC, con lo que se estaría debilitando al sistema multilateral de solución de controversias.

En efecto, al crearse en el marco de la OMC y del TLCAN, sendos sistemas de solución de controversias, incluyendo en materia de propiedad intelectual, la argumentación de Estados Unidos de que no habían mecanismos internacionales adecuados para proteger la propiedad intelectual cae por tierra. Por lo tanto, la intención manifiesta de mantener vigente la *Special 301*,¹⁸ insistentemente, debilita el sistema internacional, además de que, en forma soberbia, Estados Unidos mantiene esta disposición como una “espada de Damocles” contra los posibles infractores de las reglas internacionales de la propiedad intelectual.

VIII. LA PIRATERÍA Y SU DAÑO A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Uno de los principales argumentos esgrimidos actualmente por los países desarrollados, y en forma destacada por Estados Unidos, para presionar a los países a modificar o fortalecer su sistema de protección de propiedad intelectual, es la dañina práctica de la piratería. Hay mucho de razón en esa reacción contra de la piratería, ya que no hay duda del impacto negativo que ella produce, sobre todo contra las compañías transnacionales que han destinado enormes capitales y esfuerzo humano en la creatividad.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que el fenómeno de la piratería no es nuevo, y no se circunscribe exclusivamente a los países subdesarrollados. En principio de cuentas, están documentadas las actividades de espionaje tecnológico entre las grandes potencias, además de que se ha hablado de que el

¹⁷ Artículo 102 del TLCAN.

¹⁸ Existe un plan, originado por el Senador R. Dole de abandonar la OMC en caso de que los paneles de solución de controversias de esta organización actúen “sin autoridad o arbitrariamente tres veces dentro de cinco años” (véase a Getlan, Myles, *op. cit.*, p. 216).

actual desarrollo tecnológico de Japón en sus orígenes esta marcado por una fuerte práctica de pirataje. Aún más, países con una fuerte protección de la propiedad intelectual como Estados Unidos y Alemania, no están libres del pirataje. Los dueños de *software* de Estados Unidos pierden anualmente 721 millones de dólares anuales, ni más ni menos que en Alemania.¹⁹ Lo mismo sucede en Estados Unidos, en donde hay tanta piratería a nivel interno como lo existe alrededor del mundo.²⁰ Lo que nos hace pensar que el enfoque que se le da a la protección de la propiedad intelectual puede estar equivocado. Es decir, que se deben de buscar mecanismos más adecuados para que el creador recupere su inversión. Es necesario entonces, que los economistas trabajen conjuntamente con los juristas para que construyan una sistema adecuado de protección de la propiedad intelectual, incluyendo la recuperación de la inversión que se hace. Por ejemplo, sabemos que con el desarrollo de la tecnología cualquiera puede realizar una copia, en su caso de un fonograma o bien de un video. La tecnología que lo permite ahora está al alcance de cualquier persona y pudiéndolo hacer ¿quién en el mundo se va abstenerse de hacerlo? Por supuesto, sin ánimo de comercialización. Ante esa realidad evidente, Canadá recientemente impuso una especie de impuesto por la venta de casetes vírgenes y el producto de la recolección se distribuye entre los creadores. Es decir, se parte de la base de una inevitable reproducción, con o sin derecho, se obtienen recursos a través de la venta de un material que es claro que se va utilizar en una reproducción y esos recursos se destinan al impulso de la creatividad.

Por otra parte, no se puede soslayar la práctica de muchas empresas multinacionales de países desarrollados de lo que podemos denominar un neocolonialismo al realizar una recolección de información genética de las tribus de indígenas o bien de plantas y animales que tiene cualidades curativas, o en general, útiles al ser humano y que después se patentan en sus países de origen, con lo que se crea un monopolio a favor del titular de la patente que, por supuesto no son los aborígenes o los ciudadanos del país de donde es originario el bien patentado. Los ejemplos de esto son muchos, mencionemos sólo algunos.

En Estados Unidos se obtuvo a favor de National Institute of Health (NIH) de ese país la patente 5-397-696 que es famosa porque es la patente sobre una muestra de sangre que contiene una célula T del virus de leucemia (*human T-cell line*) de un miembro de una tribu de Papua Nueva Guinea. Lo interesante es que esas células se obtuvieron por investigadores estadounidenses que se dieron cuenta que ese miembro de esa tribu aunque tiene en su sangre

¹⁹ Newby, K., *The Effectiveness...*, op. cit., p. 50.

²⁰ *Ibidem*.

el virus de leucemia, no la manifiesta, es decir, no está enfermo. La muestra de sangre patentada, potencialmente es un gran negocio, ya que puede servir para producir vacunas o bien como elemento de investigación. La cuestión es que no se tiene conocimiento de que el NIH haya pedido autorización al propietario de las células.²¹

Pero, éste es sólo un ejemplo de lo que se ha llamado biopiratería, hay otros más. La fundación con base en Canadá, denominada The Rural Advancement Foundation International (RAFI), tiene documentada la práctica de muchas empresas multinacionales de países desarrollados como Abbott Laboratories (EUA), American Cyanamid (EUA), AMRAD Corp. (Australia), Boehringer Ingelheim (Alemania), Bristol-Myers Squibb (EUA) por citar unos ejemplos, que se dedican a coleccionar en Chile, Argentina, México, Australia, en la Antártica, Australia, Surinam, Camerún, Brasil, etcétera, microbios, plantas, bacterias marinas, drogas descubiertas a partir de organismos marinos, insectos y otras especies, hongos, etcétera, que en muchos casos son utilizados por los nativos con fines curativos o religiosos.²² Lo recolectado le sirve a los laboratorios de dichas empresas, con la finalidad de producir productos farmacéuticos.

Al respecto, los países desarrollados, como Estados Unidos siguen un discurso doble. Por una parte, piden mayor protección para la propiedad intelectual, pero en tratándose de la protección de la biodiversidad hablan de compartir recursos en beneficio de la humanidad.²³

IX. FUERTE O DÉBIL PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Después de décadas de lo que se podría llamar como una “protección débil” a la propiedad intelectual en los países subdesarrollados, todavía se sigue discutiendo sobre la pertinencia de contar con una legislación fuerte o débil, en la materia.²⁴

El dilema es válido, aunque los factores reales del poder se han impuesto a nivel internacional, los países subdesarrollados han tenido que modificar sus legislaciones.

21 Hanley, Charles, “Taking a patent on life”, *Globe and Mail*, Toronto, mayo 11 de 1996.

22 Véase *RAFI Communiqué*, Ottawa-Ontario, septiembre-octubre de 1995.

23 Los países en desarrollo son ricos en flora y fauna y el 80 de la biodiversidad que existe en el mundo se encuentra en sus territorios; lo interesante es que esta biodiversidad es la “materia prima” de la biotecnología, campo en donde son líderes los países desarrollados. Verma, S. K., “TRIPS and plant variety protection in developing countries”, *European Intellectual Property Review*, núm. 6, 1995, p. 281.

24 Por ejemplo, se inscribe en la tendencia que se inclina por una protección débil el trabajo de Montecinos, Camila y Guillermo Castaño Arcilla, *Aportes a la discusión del proyecto de ley de obtenciones vegetales*, Cali, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Mayor Campesino, CIPAV, 1993, 50 pp.

Las posturas de débil o fuerte protección tienen sus defensores, con argumentaciones que son, ambas, muy valiosas. Los que se inclinan por una protección débil argumentan que el conocimiento es universal, y el científico o el inventor, aún el más brillante, es deudor de todo el conocimiento que se ha hecho con anticipación; por ejemplo, el inventor de un nuevo tipo de transporte debió de tomar en cuenta todo el desarrollo sobre la materia de la transportación (que puede ser el producto de muchas generaciones de inventores). Desde esta perspectiva, el inventor sería deudor de la humanidad, que es la que a través de su evolución ha producido dicho desarrollo. Además, ¿por qué mantener una protección fuerte sobre la propiedad intelectual cuando muchos países, por ejemplo Japón, se han beneficiado construyendo toda una base tecnológica propia a partir de la reproducción, sin derecho, es decir de la piratería? También, en contra de la idea de que el autor necesita incentivos económicos que puede satisfacer mediante la protección de su obra, se ha afirmado que los autores (sobre todo los artistas) cuando crean no están tomando en cuenta como fin fundamental su ganancia (los ejemplos de los grandes creadores que viven y mueren en la inopia son numerosos).

Por otro lado, en sentido contrario, los que apoyan una posición de protección fuerte de la propiedad intelectual, alegan que las inversiones que se realizan para investigar actualmente son muy cuantiosas. En efecto, los grandes conglomerados de investigación dedican enormes sumas de capital para el desarrollo, por ejemplo en la industria farmacéutica, en la búsqueda de nuevos materiales en donde se destinan fuertes sumas de capital y de esfuerzo humano.

También, en un estudio sobre los costos y beneficios de la protección de la propiedad intelectual en los países subdesarrollados, realizado por dos investigadores y financiado por la Asociación de Productores Farmacéuticos (*Pharmaceutical Manufacturers Association*,²⁵ se afirma que la mayor protección en los países subdesarrollados tiene un efecto multiplicador, en principio, sirve de imán de atracción de tecnología a los países subdesarrollados, después esa tecnología se va difundir por todo el país, lo cual lleva al desarrollo de las industriales locales. En cambio, si no hay protección, no hay incentivos de desarrollo, termina el silogismo de dicho estudio.

De acuerdo con esto, creo que nos enfrentamos con verdades a medias. En efecto, durante mucho tiempo y aún ahora, como vimos, las grandes potencias se han aprovechado de la creatividad de los demás. También se han aprovechado, y lo siguen haciendo, de cerebros que fueron educados en sus lugares

25 Rapp, Richard T., y Richard P., Rozer, "Benefits and Costs of Intellectual Property Protection in Developing Countries, 24 *Journal of World Trade* 75 (1990).

de origen,²⁶ muchos de los cuales son de países subdesarrollados. En eso han basado su éxito como países desarrollados en tecnología. Pero también es cierto que destinan cuantiosos recursos en investigación y desarrollo y en crear condiciones adecuadas.

Por otra parte, se habla de que una mejor posición competitiva a nivel internacional está dada por tres condiciones: el libre mercado, aproximadamente el mismo nivel de capacidad de investigación y desarrollo, y una fuerte protección de los derechos de la propiedad intelectual.²⁷ Resulta que los países subdesarrollados no tienen ninguno de estos elementos.

Lo cierto es que el desarrollo de los países en términos industriales o tecnológicos no está dado automáticamente por una fuerte protección de la propiedad intelectual. Esto es un elemento nada más, es necesario establecer a nivel interno una política o estrategia de desarrollo científico y tecnológico y que esa estrategia sea efectiva. No se puede descuidar por ejemplo el aspecto educación-investigación. De nada sirve por ejemplo, establecer "candados" de protección en la legislación, es decir una débil protección de la propiedad intelectual, sin que haya gente calificada que pueda desarrollar ese conocimiento tecnológico. Es decir, no se puede dejar de invertir en creación de científicos y, en términos generales, en investigación y desarrollo, aunque se tenga una política legislativa de protección fuerte de la propiedad intelectual. Tampoco, se puede pensar en tener una fuerte protección de propiedad intelectual sin tener una política de diseminación del conocimiento tecnológico con la idea de asimilar la tecnología extranjera, además de desarrollar la tecnología nativa.

Es decir, los factores de desarrollo no son solamente exógenos, si bien se necesitan condiciones adecuadas en lo exterior para el desarrollo científico y tecnológico, no son suficientes a nivel interno es necesario establecer factores como los de una integración de los factores educativos, el aparato gubernamental y la industria. Estos tres elementos o factores, relacionados estrechamente en una estrategia de desarrollo científico y tecnológico.

Además, la protección débil no coadyuva al desarrollo, ya que los comerciantes internos prefieren siempre la propiedad intelectual que esté libre, descuidando el consumo de propiedad intelectual protegida, que puede ser la

26 Muchas veces, la política migratoria de los países desarrollados esconde tras de su generosidad, al recibir a personas que buscan mejores lugares donde desarrollarse, un interés en utilizar el talento de personas bien educadas en contraprestación de condiciones de trabajo y sociales que difícilmente pueden obtener en sus países de origen.

27 Pretnar, Bojan, "Industrial property and related Trade policy in Less-Developed countries: Economic Appraisal of Legal Concepts", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, Munich, Max Planck Institut, vol. 21, núm. 6, 1990, p. 783.

nativa.²⁸ Por supuesto que en este esquema, la industria local, la iniciativa privada debe tener un compromiso con el desarrollo. Esto independientemente de que se debe de efectuar un estudio en el que se establezca los alcances económicos de la protección de la propiedad intelectual. Investigación que está ausente y que sería muy útil.²⁹

X. EL COSTO DE LA REESTRUCTURACIÓN DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Independientemente que este es una cuestión más adecuada para un economista es necesario dejar asentados algunas ideas.

Hemos visto que la creación de estándares internacionales si bien por una parte constituyen un proceso natural, por la necesidad de contar con reglas comunes de protección y administración de la propiedad intelectual; por la otra, también es evidente que esta creación de estándares está impulsada por los países desarrollados, sin que se tome en cuenta los enormes cambios o adecuaciones que se deben de hacer a nivel interno. Es necesario realizar un estudio sobre el impacto económico de la protección de la propiedad intelectual. Es decir, que es lo que pierden los países y que es lo que ganan con la protección de la propiedad intelectual.

Además, hay que tomar en consideración que ese cambio dramático que han realizado los países como México al cambiar toda su legislación en materia de propiedad intelectual³⁰ debe ser asimilado para lograr su real vigencia. En efecto, no sólo es cuestión de nuevas normas, cuando se carece de una "nueva cultura" general de protección de la propiedad intelectual. Tampoco se tienen los profesionales preparados, como podrían ser un Poder Judicial, abogados, profesores, que conozcan de la materia de propiedad intelectual, lo que significa un gran esfuerzo en términos de inversión en formarlos.

Es decir, la creación de los estándares internacionales y su adopción por países como el nuestro no son factores suficientes para esperar una adecuada protección de la propiedad intelectual, es necesario dar una vuelta de tuerca

²⁸ Según Ricardo Antequera (véase Antequera, R., *El derecho de autor y los derechos conexos...*, op. cit., p. 50). Es un error propugnar la utilización no autorizada de la obra extranjera y la tutela exclusiva para la nacional, ya que es más barato consumir el producto extranjero desprotegido que el nacional protegido.

²⁹ Ya hay una aproximación en materia de derechos de autor, véase Antequera Parilli, Ricardo, *El derecho de autor y los derechos conexos en el marco de la propiedad intelectual. Implicaciones culturales y sociales y su importancia económica*, OMPI/SDA/96/1, 5 de julio de 1996, 52 pp.

³⁰ Becerra, Manuel, "Transfers of Technology and the North American Free Trade Agreement-the Mexican Case", *Exporting our technology*, op. cit., pp. 139-147.

y adecuar el sistema completo que incluye los educativos, los judiciales, los administrativos, etcétera.

Ahora bien, ¿quién va hacerse cargo del enorme costo que esto implica? Independientemente que al aparato del Estado le corresponde una parte, son las empresas interesadas las que deben de reforzar su participación. Eso es muy importante ya que el beneficio de mejor protección de la propiedad intelectual va a recaer en las empresas propietarias de propiedad intelectual.

XI. CONCLUSIONES

Dada la importancia de la tecnología en el desarrollo y su relación directa con las normas de la propiedad intelectual que la protegen, lo ideal es que existieran normas generales; sin embargo, la disparidad de desarrollo requiere una normatividad todavía diferente. Además, aun con la idea de crear normas comunes en la práctica, se nota que los Estados desarrollados siguen manteniendo su política de doble cara (reforzar la protección en algunos aspectos y liberar en otros).

Si bien la soberanía se ve modificada con el tremendo desarrollo tecnológico de las últimas décadas, no deja de existir. Entonces, es necesario llegar a un equilibrio entre lo que el Estado pierde como facultades soberanas y lo que conserva y ese equilibrio puede ser mantenido en los marcos de la legalidad internacional con normas creadas por la comunidad internacional sin presiones.

Por otra parte, el recurrir a las medidas unilaterales independientemente de que se viola el derecho internacional desalienta una verdadera armonización de la protección de la propiedad intelectual, en donde todos se beneficien. En este sentido, la respuesta es un fortalecimiento de los sistemas de solución de controversias en los dos niveles: OMC (Organización Mundial del Comercio) y del TLCAN, y la legislación a nivel interno. Es decir, se deben de abandonar las medidas unilaterales.

Se debe de tomar en cuenta que la creación intelectual no es un actividad aislada. La creación intelectual es un producto de un acervo de conocimientos previos, que son producto social. Ahora bien, no es suficiente un fortalecimiento de la protección de la propiedad intelectual, para un desarrollo de la tecnología nacional si no se acompaña esto con otras medidas como la creación de un sistema de difusión tecnológica y una verdadera vinculación entre los sectores gobierno-producción-investigación.