

SEGUNDA PARTE
EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

CAPÍTULO QUINTO

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL
SISTEMA INTERNACIONAL DEL COMERCIO 135

I. Los derechos de propiedad intelectual y la Organización
Mundial del Comercio 135

1. La diplomacia de la propiedad intelectual 135

2. La Organización Mundial del Comercio 140

II. La solución de controversias en la Organización Mundial del
Comercio 143

1. El Órgano de Solución de Diferencias 143

2. El reforzamiento del sistema de solución de controversias 145

3. La interpretación de los acuerdos abarcados y el derecho
internacional 147

CAPÍTULO QUINTO

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DEL COMERCIO

Los derechos de propiedad intelectual¹ que otorga cada país son independientes entre sí, por lo que una misma idea, invención, obra o carácter distintivo puede ser objeto de protección en una pluralidad de Estados, existiendo tantos títulos de protección como Estados que la hayan otorgado. Esta estatalidad se presenta como un obstáculo para empresas cuyos productos alcanzan un mercado global y que realizan múltiples y cuantiosas inversiones extranjeras directas, exportando no sólo productos, sino también invenciones en forma de productos y procesos.

I. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

1. *La diplomacia de la propiedad intelectual*

La importancia de la industria tecnológica ha aumentado en el mundo globalizado, en el que no sólo bienes y capital cruzan fácilmente fronte-

¹ Los derechos de propiedad intelectual son el conjunto de derechos que ofrecen protección al conocimiento —industrial, científico, artístico, o literario— que forma el patrimonio inmaterial de una persona física o legal. Los caracterizan dos aspectos: la materia sobre la que recaen, bienes inmateriales, y el ser derechos subjetivos de eficacia *erga omnes*, por lo que su efecto consiste en que su titular goza de un derecho de explotación exclusivo, que le permite impedir su utilización por terceros no autorizados (*ius prohibendi*). Véase, en general, Cornish, W. R., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 4a. ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1999; Holyoak, J. y Torremans, P., *Intellectual Property Law*, Londres, Butterworks, 1995; Miller, A. y Davis, M., *Intellectual Property. Patents, Trademarks and Copyright (In a Nutshell)*, 3a. ed., St. Paul, West Group, 2000; AAVV, *Propiedad industrial. Teoría y práctica*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

ras, sino que también lo hacen las ideas y los conocimientos, ya sea en sí mismas, incorporadas en mercancías o acompañando inversiones extranjeras directas.² El interés de los países industrializados por una mayor protección a los derechos de propiedad intelectual ha aumentado a la par del desarrollo económico y tecnológico acontecido en las últimas décadas, que se ha traducido en la comercialización masiva de productos tecnológicos, la competitividad de países de reciente industrialización en el sector de la manufactura y en la percepción por parte de las empresas de los bienes inmateriales como activos estratégicos.³

Actualmente la vinculación de la propiedad intelectual con el comercio está reconocida, y jurídicamente ambas materias forman parte del ámbito de competencia de la OMC, a través del ADPIC. Sin embargo, hasta los años ochenta los derechos de propiedad intelectual no figuraron en las agendas de negociación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT),⁴ y tan sólo se les consideró en la me-

² Por ejemplo, durante 1997, compañías estadounidenses ingresaron 37 mil millones de dólares por concepto de regalías en virtud de contratos de licencia de derechos de propiedad intelectual en el exterior. Cfr. “The Right to Good Ideas”, *The Economist*, 21 de junio de 1997.

³ Yusuf, A.A., “TRIPS: Background, Principles and General Provisions”, en Yusuf, A. A. y Correa, C. (eds.), *Intellectual Property and International Trade: the TRIPS Agreement*, Londres/The Hague/Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 3 y 4.

⁴ El GATT es un acuerdo multilateral que se originó en 1948 con el fin de promover el comercio internacional mediante la eliminación progresiva de las barreras comerciales. Además de ser marco normativo, ha servido como el foro principal para las negociaciones internacionales en materia comercial, aunque no lo hiciera como una organización internacional, ya que hasta 1994, con la creación de la OMC, no se acordaron formalmente aspectos orgánicos. A partir de la Ronda de Tokio (1973-1979), en la que se introdujeron normas para evitar las barreras no arancelarias al comercio, se fueron ampliando los ámbitos de su competencia hasta que, durante la Ronda Uruguay (1986-1994) se incluyeron los “nuevos temas”: servicios, inversiones relacionadas con el comercio y derechos de propiedad intelectual. Véase, en general, Hudec, R. E., *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 2a. ed., New Hampshire, Butterworth Legal Publishers, 1990; Jackson, J. H., *World Trade and The Law of GATT. A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, Virginia, The Michie Company, 1969; *idem*, *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*, 2a. ed., Cambridge, The MIT Press, 1999, especialmente pp. 31-78; Trebilcock, M. y Howse, R., *The Regulation of International Trade*, Londres/Nueva York, Routledge, 1995; Gilpin, R., *The Political Economy of International Relations*, New Jersey, Princeton University Press, 1987, pp. 190 y ss.; Fernández Rozas, J. C., *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 79-144; María Ávila, A. *et al.*, *Regu-*

cida en que su existencia pudiera afectar las obligaciones derivadas del Acuerdo.

Los derechos de propiedad intelectual comenzaron a surgir como un tema controvertido dentro del GATT en los años ochenta, a raíz de la implementación en Estados Unidos de la sección 337 de la Ley Arancelaria de 1930.⁵ La sección 337 establece un procedimiento abierto a los particulares que sean afectados por prácticas desleales de comercio, incluyendo las importaciones y exportaciones de productos que infrinjan derechos de propiedad intelectual.⁶

Ante la incertidumbre sobre la aplicación de las reglas del GATT a los derechos de propiedad intelectual, el fuerte cabildeo de un conjunto de organizaciones empresariales logró sensibilizar a la administración y el congreso estadounidenses de los daños que ocasionaba a la industria la falta de protección a los derechos de propiedad intelectual en el extranjero, especialmente en países en desarrollo.⁷

La presión de estas asociaciones sobre la administración y el congreso estadounidenses lograron en 1984 la incorporación de la sección 301 en la Ley de Comercio de 1974, como instrumento que dota al gobierno de medios ágiles que le permiten reaccionar, a través de medidas de represalia, ante prácticas comerciales desleales de terceros Estados.⁸ La rudeza

lación del comercio internacional tras la Ronda Uruguay, Madrid, Tecnos, 1994; y Díaz Mier, M. A., *Del GATT a la Organización Mundial del Comercio*, Madrid, Síntesis, 1996.

⁵ USC, título 19, sección 337 (Ley Arancelaria de 1930, modificada en 1974, 1988 y 1994).

⁶ Dicho procedimiento lo lleva a cabo la International Trade Comision, y su consecuencia puede ser una orden de cesación de conductas y/o exclusión de las importaciones. Véase una explicación detallada del procedimiento de esta ley en Otero García-Castrillón, C., *Las patentes en el comercio internacional*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 206 y ss.

⁷ En 1985 la International Intellectual Property Alliance, formada por asociaciones de la industria filmográfica y tecnológica, presentó al United States Trade Representative (USTR) un informe en el que documentaba pérdidas por la reproducción ilícita de películas en diez países (entre ellos Singapur, Taiwán, Indonesia, Corea, Brasil, Egipto y Nigeria) por un monto de 1,300 millones de dólares. Al año siguiente, en 1986, se formó otro grupo de presión, el Intellectual Property Comittee, integrado por trece grandes compañías (entre ellas, Warner Communications, Hewlett-Packard, General Motors, IBM, General Electric, pero también Pfizer, Merck, Du Pont, Johnson & Johnson y Monsanto). Cfr. Ryan, M., *Knowledge Diplomacy. Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, Washington, Brookings, 1998, pp. 67-89.

⁸ A partir de las modificaciones introducidas a la sección 301, el presidente de los Estados Unidos está expresamente autorizado para tomar medidas unilaterales en contra de prácticas que afecten los derechos de propiedad intelectual. Adicionalmente, en 1988

del unilateralismo estadounidense y la necesidad de aclarar la aplicación de las reglas comerciales a la propiedad intelectual fueron dos factores determinantes en la consecución del ADPIC durante la Ronda Uruguay.⁹

Aunque para la mayoría de los países en desarrollo la idea de ligar unos derechos de propiedad intelectual que apenas estaban contemplados en sus legislaciones (o eran poco respetados) al régimen internacional del comercio nunca fue muy atractiva. Se le juzgaba inconveniente por el costo que implica un alto nivel de protección a la tecnología (extranjera) para el desarrollo de la industria nacional;¹⁰ e innecesaria, por la existencia de una organización internacional especializada, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que ya administraba varios tratados internacionales de armonización en el nivel de protección, aunque con pocas garantías de implementación.¹¹

se dotó al USTR de poderes para actuar de manera autónoma, mediante: a) la sección 301, que obliga a medidas de represalia en contra de prácticas que violen acuerdos internacionales, o que sean desleales y limiten el comercio de los Estados Unidos; b) la *301 super*, para la identificación de las prioridades de negociación comercial, y c) la *301 special*, para la expansión de la protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual. *Cfr. USC*, título 19, § 2411.

⁹ “(L)a globalisation de l’économie, l’importance croissante de l’innovation technologique dans la création d’avantages comparatifs et l’internationalisation des technologies aisément reproductibles conduisirent les Etats les plus industrialisés a considérer qu’une réforme du système de la propriété intellectuelle au niveau mondial était nécessaire pour protéger l’expansion du commerce international”. Remiche, B. y Desterbecq, H., “Les brevets pharmaceutiques dans les accords du GATT: l’enjeu?”, *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 1, 1996, pp. 18 y 19.

¹⁰ Véase una perspectiva latinoamericana sobre este problema a mediados de los ochenta en Cikato, M., “Negociar y golpear: nueva estrategia para la propiedad intelectual”, *Derechos intelectuales*, Buenos Aires, Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial, Astrea, 1987, vol. 2, pp. 13-32; también *cfr.* Getland, *op. cit.*, pp. 205-218.

¹¹ La OMPI existe desde 1967, y desde 1974 forma parte del sistema de organismos especializados de las Naciones Unidas. Según el Acuerdo entre la OMPI y Naciones Unidas, éstas reconocen a la OMPI como organismo especializado encargado de adoptar las medidas para promover “la actividad intelectual creadora y facilitar la transmisión de tecnología relativa a la propiedad industrial a los países en vías de desarrollo con el fin de acelerar el desarrollo económico, social y cultural, con sujeción a la competencia y las responsabilidades de las Naciones Unidas y sus órganos...” (artículo 1o.). La OMPI administra más de 20 tratados internacionales en materia de propiedad intelectual y cuenta con cerca de 180 Estados miembros. Véase el Convenio constitutivo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Estocolmo, 14 de julio de 1967, reproducido en Díez de Velasco, M. (ed.), *Código de Organizaciones Internacionales*, Pamplona, Aranzandi, 1997, pp. 79-91; también visítase el sitio <http://www.wipo.org>.

En septiembre de 1986, los Estados parte en el GATT emitieron la Declaración de Punta del Este, en la que se aprobó un mandato para iniciar negociaciones tendientes a crear un régimen internacional de protección a los derechos de propiedad intelectual.¹² El resultado de tales negociaciones, el ADPIC, ha sido catalogado como el instrumento internacional más completo en materia de protección a la propiedad intelectual, dado el amplio espectro de materias que abarca e incluso como el resultado más importante de la Ronda Uruguay.¹³

El régimen de protección anterior al ADPIC, a pesar de su alto nivel de desarrollo y codificación, era débil tanto en estándares concretos como en medios para garantizar su observancia. Como ya observamos, las referencias en el GATT a la propiedad intelectual eran escasas, y sus principios no eran de aplicación directa a las normas nacionales en materia de propiedad intelectual. Institucionalmente, la OMPI representaba, con el sistema de toma de decisiones en la Asamblea General de “un Estado, un voto”, un foro en el que sólo estándares bajos eran acordados, situación que se refleja en la falta de reglas detalladas sobre observancia a nivel nacional de los compromisos adquiridos y en la ausencia de mecanismos de solución de diferencias obligatorios y efectivos.¹⁴

Los países en desarrollo aceptaron con reticencias e incomodidad la demanda de vincular los derechos de propiedad intelectual con el régimen internacional del comercio, a partir de su inclusión en la Declaración de Punta del Este.¹⁵ En cualquier caso, la aceptación de participar en un nuevo régimen internacional de la propiedad intelectual fue una decisión calculada por todos los Estados miembros, que tuvieron muy en

¹² Doc. MIN.DEC del 20 de septiembre de 1986, pp. 7-8.

¹³ En este sentido, *cfr.* Gervais, D., *The TRIPS Agreement: Drafting, History and Analysis*, Londres, Sweet and Maxwell, 1998, p. 3; Jackson, J. H., *The World Trading System...*, *cit.*, p. 310, y Ryan, M., *op. cit.*, p. 1.

¹⁴ Adicionalmente, al final de la Ronda de Tokio fallaron los intentos de Estados Unidos por introducir normas que prohibieran la importación de bienes que infringieran derechos de autor, y años más tarde la Conferencia para revisar la Convención de la OMPI (1980-1984) finalizaría sin acuerdo, dada la oposición de los países en desarrollo. *Cfr.* Gervais, D., *op. cit.*, pp. 9-11 y Getland, M., *op. cit.*, pp. 200 y ss.

¹⁵ De cualquier manera, un grupo importante de países en desarrollo —entre ellos Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, Egipto, India, Nicaragua, Nigeria, Pakistán y Yugoslavia— manifestó su oposición a la inclusión de los derechos de propiedad intelectual dentro de la agenda negociadora de la Ronda Uruguay. Fue en este contexto que los Estados Unidos iniciaron procedimientos bajo la sección 301 en contra de Brasil y Corea del Sur. *Cfr.* Ryan, M., *op. cit.*, pp. 106 y ss.

cuenta los costos que significaba el quedar fuera del sistema multilateral del comercio, bajo el riesgo de amenazas y represalias unilaterales.¹⁶

Una vez que se logró el acuerdo en otros temas fundamentales de la negociación global, como la cuestión agrícola —que había mantenido enfrentados a los Estados Unidos con la Comunidad Europea—, la creación de una nueva organización internacional y el establecimiento de un mecanismo de solución de diferencias integrado, los distintos acuerdos se presentaron “en paquete”. La estrategia funcionó y los Estados, algunos con ciertas reticencias, aceptaron la versión del ADPIC presentada por A. Dunkel casi sin modificarla. Con ello, los derechos de propiedad intelectual entraron a formar parte integrante, junto con el comercio de mercancías y de servicios, del nuevo régimen internacional del comercio.

2. *La Organización Mundial del Comercio*

La Ronda Uruguay de negociaciones comerciales se concretó con la firma del Acta Final o Acuerdo de Marrakech, mediante el que 124 Estados pactaron la creación de la Organización Mundial del Comercio.¹⁷ El Acuerdo de Marrakech, en vigor desde el primero de enero de 1995, concreta la idea, lanzada por primera vez cincuenta años antes, de crear una organización internacional para el comercio, con personalidad jurídica propia y carácter permanente. Así, la OMC supera la provisionalidad e informalidad del antiguo GATT y surge como un nuevo y poderoso actor en política económica internacional, que además establece un eficaz me-

¹⁶ Véase Henderson, E., “TRIPS and the Third World: the example of pharmaceutical patents in India”, *EIPR*, vol. 19, issue 11, 1997, pp. 651-663, quien comenta lo siguiente: “Whether it be through domestic United States law or international forums such as GATT, linking intellectual property protection with trade has persuaded many developing countries to comply with the demands of industrialized countries. Trade sanctions by a powerful and wealthy nation such as the United States are potentially crippling for less developed countries... For many Third World nations the decision to agree to TRIPS has been a pragmatic rather than an ideological choice” (p. 652). En el capítulo sexto, *infra*, hacemos hincapié en el impacto del régimen de la propiedad intelectual en el mundo en desarrollo.

¹⁷ Véase el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, en vigor desde el 1 de enero de 1995 (*BOE*, núm. 20, del 24 de enero, 1995); reproducido en Díez de Velasco, M. (ed.), *Código de Organizaciones Internacionales*, Pamplona, Aranzandi, 1997, pp. 425-455.

canismo de solución de controversias al que tienen que sujetarse todos los Estados miembros.¹⁸

El instrumento constitutivo de la nueva organización contiene en su parte principal las disposiciones orgánicas; pero incorpora, en cuatro anexos, un conjunto de instrumentos que forman parte integrante del Acuerdo, superándose así la vía del “GATT a la carta”, pues estos instrumentos son “vinculantes para todos sus Miembros” (artículo II.1). En el anexo 1 se incluyen: 1) trece acuerdos multilaterales sobre el Comercio de Mercancías (anexo 1.A.), entre ellos, una versión revisada del GATT (también conocida como GATT 1994) y acuerdos en materia agrícola, de medidas sanitarias y fitosanitarias, textil, de obstáculos técnicos al comercio y de inversiones relacionadas con el comercio; 2) el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (anexo 1.B.); y 3) el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, anexo 1.C). Por otro lado, en el anexo 2 se establecen las reglas jurisdiccionales, a través del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias; en el anexo 3, un mecanismo de examen de las políticas comerciales, y en el anexo 4 cuatro acuerdos plurilaterales, aunque estos últimos sí son opcionales.¹⁹

El Acuerdo de la OMC le encomienda servir como “marco constitucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus

¹⁸ La bibliografía sobre la OMC es extensísima; véase en particular: Jackson, J. H., *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, Londres, Chatham House Papers, The Royal Institute of International Affairs, 1998; Qureshi, A. H., *The World Trade Organization. Implementing International Trade Norms*, Great Britain, Manchester University Press, 1996; Krueger, A. (ed.), *The WTO as an International Organization*, Chicago/Londres, The University of Chicago Press, 1998; Steger, D. P., “The World Trade Organization: A New Constitution for the Trading System”, en Bronckers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, The Hague/Londres/Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 135-153; Lowenfeld, A. F., “Remedies along with Rights: Institutional Reform in the New GATT”, *AJIL*, vol. 88, núm. 3, 1994, pp. 477-488; Palmeter, D. y Mavroidis, P. C., “The WTO Legal System: Sources of Law”, *AJIL*, vol. 92, 1998, pp. 398-413, y Bermejo García, R., “La reestructuración del sistema comercial internacional tras la Ronda Uruguay: la OMC”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1997, pp. 89-126. Acúdase también a la página de la OMC, <http://www.wto.org>.

¹⁹ El conjunto de los acuerdos está reproducido en *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales. Los textos jurídicos*, Ginebra, Secretaría del GATT, 1994, pp. 381-419; también pueden ser obtenidos electrónicamente en la página de la OMC, <http://www.wto.org>.

Miembros...” (artículo II.1). Para ello, entre sus funciones se cuentan: la aplicación, administración y funcionamiento del conjunto de acuerdos comerciales multilaterales; servir como foro para la negociación entre sus miembros en materia de los acuerdos contemplados, y administrar el sistema de solución de diferencias (artículo III).

De esta forma, la OMC se instaura, a pesar de la existencia de la OMPI, como foro autorizado para la negociación de cuestiones de propiedad intelectual vinculadas con el comercio y como el mecanismo preferido para la solución de controversias internacionales en la materia. A pesar de ello, y como se confirma a lo largo de este trabajo, la OMPI mantiene funciones de la mayor importancia, como brindar ayuda a los países en desarrollo para implementar políticas de propiedad intelectual (incluyendo las que se establecen como obligaciones en el ADPIC), preparar, revisar y actualizar tratados y elaborar estudios sobre cuestiones técnicas, como la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore.²⁰ Afortunadamente, entre la OMPI y la OMC se ha establecido un modelo de distribución horizontal de funciones que ha dado buenos resultados, que para F. Abbot podría adoptarse para mejorar la relación de la OMC con otras organizaciones internacionales, como la OIT, la FAO o la OMS.²¹

Orgánicamente, la estructura de la OMC consiste en una Conferencia Ministerial compuesta por representantes de todos los miembros que se reúne al menos una vez cada dos años, y que tiene “la facultad de adoptar decisiones sobre todos los asuntos comprendidos en el ámbito de cualquiera de los Acuerdos Comerciales Multilaterales” (artículo IV.1).

El Consejo de los ADPIC, integrado por los Estados miembros de la OMC, constituye por tanto el órgano encargado de la supervisión de la aplicación de dicho Acuerdo.²²

²⁰ Véase la página de la OMPI, <http://www.wipo.org>.

²¹ Véase Abbot, F., “Distributed Governance at the WTO-WIPO: An Evolving Model for Open-Architecture Integrated Governance”, en Bronckers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, The Hague/Londres/Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 15-33. El Acuerdo de la OMC establece la competencia del Consejo General para concertar acuerdos de cooperación con otras organizaciones internacionales “que tengan responsabilidades afines a las de la OMC” (artículo V.1); mientras que en el Preámbulo del ADPIC se expresa el deseo de los Estados miembros de que “se establezca una relación mutua sostenible” entre la OMC y la OMPI.

²² Véase Álvarez Álvarez, J., “Disposiciones institucionales, disposiciones finales”, en Iglesias Prada, J. L. (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la Organiza-*

II. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

1. *El Órgano de Solución de Diferencias*

El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (OSD) representa la cúspide de la institucionalización de las relaciones internacionales comerciales en un régimen fuerte y eficaz.²³ Se tienen esperanzas de que sea el pilar de un sistema de solución de diferencias comerciales basado en reglas jurídicas (*rule oriented*), en oposición a un políctico (*diplomacy oriented*) en el que lo que realmente predomina es el poder relativo de las partes.²⁴

El OSD está formado por el Consejo General de la OMC, pero puede tener su propio presidente y establecer sus normas de procedimiento.²⁵ Su función principal consiste en administrar los procedimientos estable-

ción Mundial del Comercio. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Madrid, Instituto de Derecho y Ética Industrial, 1997, t. 2, pp. 175-179.

²³ Véase, Petersman, E-U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Londres/The Hague/Boston, Kluwer Law International, 1997; Jackson, J. H., *The Jurisprudence of GATT and the WTO. Insights on treaty law and economic relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; *idem*, *The World Trade Organization...*, *cit.*, pp. 59-100; *idem*, “Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures: WTO Dispute Settlement, Appraisal and Prospects”, en Krueger, A. (ed.), *The WTO as an International Organization*, Chicago/Londres, The University of Chicago Press, 1998, pp. 161-180; Montañá Mora, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT. Una nueva era en la solución de diferencias comerciales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; *idem.*, “A GATT with Teeth: Law Wins over Politics in the Resolution of International Trade Disputes”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31, 1993, pp. 103-180; Trachtman, J. P., “The Domain of WTO Dispute Resolution”, *HILJ*, vol. 40, núm. 2, 1999, pp. 333-377; Bartels, J., “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *JWT*, vol. 35, núm. 3, 2001, pp. 499-519; Cameron, J. y Gray, K. R., “Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body”, *ICLQ*, vol. 50, issue. 2, 2001, pp. 248-298, y Vermulst, E. y Driessen, B., “An Overview of the WTO Dispute Settlement System and its Relationship with the Uruguay Round Agreements-Nice on Paper but Too Much Stress for the System?”, *JWT*, vol. 29, núm. 2, 1995, pp. 131-161.

²⁴ *Cfr.* Jackson, J. H., *The World Trade Organization...*, *cit.*, p. 97 y ss.; así como Petersman, E-U., “International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System 1948-1996: An Introduction”, en Petersman, E-U. (ed.), *International Trade Law and...*, *cit.*, especialmente pp. 47-50.

²⁵ Acuerdo de la OMC, artículo IV.3.

cidos por el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, contenido en el Acuerdo de la OMC como anexo 2.

Consecuentemente, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC es de aplicación al ADPIC, por lo que el OSD podrá conocer de la violación o menoscabo de los compromisos asumidos en materia de propiedad intelectual, ya sea en relación con las normas incorporadas por otros tratados internacionales o en relación con los nuevos estándares establecidas por el propio ADPIC.²⁶ Dada la naturaleza de las obligaciones en el nuevo régimen comercial, cuando un Estado miembro considere que las medidas tomadas por otro miembro representan una anulación o un menoscabo de las ventajas acordadas, puede iniciar un procedimiento ante el OSD.²⁷

En materia de propiedad intelectual, los miembros de la OMC han utilizado el sistema de solución de diferencias tanto en asuntos Norte-Sur como en cuestiones Norte-Norte.²⁸ Claramente, la utilización del

²⁶ Véase el artículo 1.1 del Entendimiento; así como el artículo 64 del ADPIC, según el cual “para las consultas y la solución de diferencias... 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”. Véase, en particular, Abbot, F., “WTO Dispute Settlement and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, en Petersman, E-U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System...*, cit., pp. 413-437, y Geller, P. E., “La propiedad intelectual en el mercado mundial: ¿impacto de la solución de controversias del TRIPS?”, en Becerra Ramírez, M. (coord.), *Derecho de la propiedad intelectual. Una perspectiva trinacional*, México, UNAM, 2000, pp. 65-81. Sobre las normas de protección sustantiva para las distintas clases de derechos de propiedad intelectual que incorpora el ADPIC, véase los dos capítulos siguientes.

²⁷ M. Montaña define la noción de diferencia internacional en el marco del GATT como “un desacuerdo basado en una acción u omisión de una o varias Partes Contratantes que, con independencia de que suponga o no un incumplimiento de una obligación, provoca una anulación o menoscabo de ventajas resultantes directa o indirectamente del Acuerdo General para otra Parte Contratante, o compromete el cumplimiento de uno de los objetivos del mismo”. Montaña Mora, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT...*, cit., p. 57.

²⁸ Se han presentado al menos 24 asuntos relacionados con la interpretación y aplicación del ADPIC, aunque todavía no han surgido controversias en la materia que presenten elementos de protección ambiental. Prácticamente todas las controversias, 23, han sido iniciadas por países desarrollados; 16 de ellas fueron presentadas contra otros países desarrollados y 7 contra países en desarrollo. La única controversia iniciada por un país en desarrollo es la que enfrenta a Brasil con los Estados Unidos. Sobre las disputas presentadas en los primeros cinco años de la OMC, véase Mota, S., “TRIPS—Five Years of Disputes at the

OSD para resolver cuestiones de propiedad intelectual contrasta con la nula utilización de los procedimientos previstos en la mayoría de tratados internacionales, que no establecen un mecanismo obligatorio y se limitan a recomendar los clásicos medios diplomáticos y jurídicos.

2. *El reforzamiento del sistema de solución de controversias*

El Entendimiento establece una serie de elementos que garantizan la eficacia del sistema de solución de controversias previsto. En primer lugar dispone que:

Quando los miembros traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas de los acuerdos, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los miembros recurrirán a las normas y procedimientos del Entendimiento, que deberán acatar (artículo 23.1).

Al igual que en el sistema anterior del GATT, el Entendimiento parte —como ya hemos indicado *supra*— de un concepto de diferencia que no está basado en la noción de incumplimiento de obligaciones, sino en la de anulación o menoscabo de las ventajas concedidas por los acuerdos.²⁹ Ello no excluye, naturalmente, que el incumplimiento de obligaciones supone también una anulación o menoscabo, por lo que se parte de la presunción de que “toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables” para el resto de los miembros (artículo 23.8). En este sentido, la finalidad del mecanismo de solución de diferencias no es tanto la sanción por el incumplimiento de las disposiciones de los acuerdos, sino “el restablecimiento del equilibrio de concesiones y ventajas entre las partes en la controversia”.³⁰

WTO”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 17, issue 3, 2000, pp. 533-553.

²⁹ Por ello, el Entendimiento afirma que “para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y las obligaciones de los miembros” es esencial la pronta solución de las situaciones “en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro” (artículo 3.3).

³⁰ Casado Cerviño, A. y Cerro Prada, B., *op. cit.*, pp. 151-153. Sobre la presentación de controversias por anulación o menoscabo de ventajas concedidas, véase Cottier, Th. y

El Entendimiento prohíbe expresamente la adopción unilateral de contramedidas.³¹ A cambio, garantiza efectividad en la ejecución de las recomendaciones, laudos o resoluciones de los órganos jurisdiccionales (grupo especial, tribunal arbitral u órgano permanente de apelación). Así, se prevé que cuando se encuentre que una medida es incompatible con algún acuerdo abarcado, el grupo especial o el órgano permanente de apelación recomendarán al miembro responsable que ponga dicha medida en conformidad con ese acuerdo (artículo 19); en caso de que esto no suceda en un “plazo razonable”, el miembro afectado podrá recurrir, con la aprobación del OSD, a medidas compensatorias y a la suspensión de la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones previstas en el marco de los acuerdos (artículo 3.7 y, más detalladamente, artículo 22).³²

Ello supone incluso la posibilidad de medidas de retorsión cruzadas; es decir, la suspensión de concesiones en un acuerdo o sector distinto al

Nadakavukaren, K., “Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future”, en Petersman, E-U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System...*, cit., pp. 143-183.

³¹ El artículo 23.2 del Entendimiento ordena que los miembros: “a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del órgano de apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento”. Sobre el efecto inmediato de esta disposición en los ánimos unilateralistas de Estados Unidos, véase Petersman, E-U., *op. cit.*, pp. 58 y 59.

³² El OSD ha autorizado a Estados miembros de la OMC la aplicación de sanciones económicas en contra de otros miembros en, al menos, siete casos (al 1o. de mayo de 2003). Así, en el asunto *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)* (WT/DS/26 y WT/DS/E48) el OSD autorizó a los Estados Unidos y a Canadá a suspender concesiones en favor de la Comunidad Europea (CE) por 116,8 millones de dólares americanos y 11.3 millones de dólares canadienses, respectivamente; en agosto de 2002 el OSD, en el asunto *Estados Unidos-Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”* (WT/DS/108), autorizó a la CE a suspender concesiones en favor de los Estados Unidos por un monto de 4.043 millones de dólares anuales; y recientemente, en febrero del 2003, en el caso más impresionante, *Canadá-Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales* (WT/DS/222), el OSD autorizó a Brasil la suspensión de concesiones en favor de Canadá por un monto de 247.797,000 millones de dólares! El estado más reciente de las controversias comerciales en la OMC puede consultarse en los informes circulados periódicamente por la Secretaría, bajo el signo, WT/DS/OV/n.

que dio origen a la controversia (artículo 22.3).³³ El Entendimiento parte de un principio de equivalencia entre el nivel de anulación y menoscabo y la suspensión de concesiones u otras obligaciones; estas medidas serán temporales y no son preferibles a la aplicación plena de las recomendaciones para poner una medida en conformidad con los acuerdos.

3. *La interpretación de los acuerdos abarcados y el derecho internacional*

La relevancia del mecanismo de solución de controversias de la OMC y el impacto de la interpretación de los acuerdos en el conjunto del sistema jurídico internacional fue prevista por los miembros. Por ello se incorporó en el texto del Entendimiento la siguiente disposición general:

El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para adoptar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes en dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público... (artículo 3.2).

El recurso a las normas usuales de interpretación del derecho internacional público es una referencia tácita, pero clara, a las reglas contenidas en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 31 a 33). Así lo ha confirmado el OSD, afirmando que la OMC forma parte del derecho internacional, ya que "...no debe leerse el Acuerdo General aislándolo clínicamente del derecho internacional público".³⁴

³³ Véase Pauwelyn, J., "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules-Towards a More Collective Approach", *AJIL*, vol. 94, 2000, pp. 335-347, y Mavroidis, P. C., "Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place", *EJIL*, vol. 11, núm. 4, 2000, pp. 763-813.

³⁴ Informe del Órgano Permanente de Apelación en el asunto *Estados Unidos. Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, Doc. WT/DS2/AB/R, del 29 de abril de 1996, p. 19; véase también el Informe del OPA en el asunto *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, Doc. WT/DS10/AB/R, del 4 de octubre de 1996. Comentando la importancia del artículo 3.2 del Entendimiento en la función interpretativa del OPA, un autor señala lo siguiente: "In a major break with pre-1994 GATT jurisprudence, the Appellate Body has made it clear that this ('in accordance with customary rules of interpreta-

Ello significa, en primer lugar, que el sistema internacional del comercio no constituye, al menos desde la entrada en vigor de los Acuerdos de la OMC, un régimen estático ni autocontenido en sus propias disposiciones.³⁵

En este sentido, el artículo 3.2 del Entendimiento puede ser un elemento clave a favor de la unidad del derecho internacional, al integrar en la solución de diferencias los principios del sistema multilateral del comercio con los valores que inspiran instrumentos de otros regímenes internacionales materiales (medio ambiente, derechos humanos, derechos laborales), que también forman parte del derecho internacional.³⁶

Ello es congruente, por otra parte, con la disposición final del artículo 3.2 del Entendimiento, que establece que “... Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos establecidos en los acuerdos abarcados”.

Los miembros decidieron incorporar esta disposición como una limitante al activismo judicial emprendido antes de la existencia de la OMC³⁷ y debe servir también para que el OSD, al decidir una controver-

tion of public international law’) means interpreting WTO agreements in accordance with international law on the interpretation of treaties, as codified in Articles 31-3 of the Vienna Convention, and not in accordance with specific GATT canons of interpretation”. Schoenbaum, Th., “International Trade and Environmental Protection”, en Birnie, P. y Boyle, A., *International Law and the Environment*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 704. Véase, en especial, Marceau, G., “A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition Against ‘Clinical Isolation’ in WTO Dispute Settlement”, *JWT*, vol. 33, núm. 5, 1999, pp. 87-132.

³⁵ Véase Pauwelyn, J., “The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?”, *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 535-578; y *cf.* también Jackson, J. H., *The World Trade Organization...*, *cit.*, p. 89; así como ABBOT, F., *op. cit.*, pp. 418 y 419.

³⁶ Véase, en este sentido, Howse, R., “Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence”, en Weiler, J. H. (ed.), *The EU, the WTO and NAFTA. Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford, Academy of European Law/Oxford University Press, 2000, especialmente, pp. 53-61. Para este autor, la interpretación realizada comúnmente por los panelistas del GATT, que partían de que ya conocían el objetivo general del texto —y por tanto no seguían la regla general del Convenio de Viena (artículo 31.1) según la cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de un tratado...” — daba por resultado resoluciones inclinadas hacia uno de los valores en juego, el del libre comercio (p. 53).

³⁷ En este sentido, para J. H. Jackson esta disposición “resonates in the direction of a caution to the panels and appeal divisions to use ‘judicial restraint’, and not to be too activist”. Jackson, J. H., *The World Trade Organization...*, *cit.*, p. 91.

sia, tome en consideración los derechos conferidos a las partes por otras normas convencionales o consuetudinarias de derecho internacional.

Más adelante, en la parte tercera de este trabajo, propondremos precisamente un enfoque de integración para la interpretación de normas internacionales y la solución de las posibles controversias entre los regímenes internacionales de la biodiversidad y la propiedad intelectual.³⁸

³⁸ Véase, *infra*, el capítulo decimosegundo.