

Firmar o no firmar: la propiedad intelectual en las negociaciones del TLC andino

Edwin Bustinza Lozada^(*)

1. Introducción

No podemos comenzar el presente trabajo sin hacer mención que en la actualidad nuestro país se encuentra dentro de los alcances del régimen de excepción de pago de aranceles que nos otorgó Estados Unidos a través de la Ley de Promoción Comercial y Erradicación de la Droga (ATPDEA, siendo esta sus siglas en inglés). Mediante este dispositivo legal, Estados Unidos busca conceder unilateralmente un “mercado preferencial” a nuestro país⁽¹⁾ a cambio de políticas que generen alternativas de sustitución del cultivo ilícito de la hoja de coca y en la lucha contra el narcotráfico. Esta “preferencia arancelaria” culmina el 31 de diciembre de 2006.

Al respecto, debemos manifestar que solo han sido un número reducido de empresas peruanas las que han podido aprovechar dicho beneficio en su plenitud, consecuentemente los efectos de la “preferencia arancelaria” que nos otorga Estados Unidos, como son la generación de empleo y el desarrollo en diversas regiones del Perú, ha sido escasa.

Sin embargo, desde el mes de mayo del 2004, Estados Unidos viene negociando con los países que conforman el Bloque Andino, -Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia-, para poder celebrar un Tratado de Libre Comercio -en adelante, TLC- que permita, entre otras cosas, una “apertura” de mercados entre estos países.

Pero, ¿qué significa negociar y posteriormente celebrar un TLC? En primer lugar, debemos

entender que un Tratado de Libre Comercio es un contrato que tiene carácter vinculante para los países que lo celebran, vale decir, que nuestro país se encontrará obligado a cumplir con lo acordado en él, sea ventajoso o no para nosotros.

La finalidad de todo TLC es hacer más fluido los intercambios comerciales entre los países, consiguiendo de este modo, el acceso igualitario a los mercados.

En el TLC andino, además de abordar temas comerciales, se están tratando aspectos como el medio ambiente, agricultura, regímenes laborales, acceso a mercados, inversiones, mecanismos de defensa comercial, servicios transfronterizos y financieros, solución de controversias, propiedad intelectual, entre otros.

El objetivo general que busca el Perú en las negociaciones del TLC con Estados Unidos, es “obtener un acuerdo equilibrado e integral que beneficie el desarrollo de las cadenas productivas de la economía”⁽²⁾. Esto quiere decir, que un tratado de este tipo permitirá a nuestro país “aperturar” una extensa cadena de oportunidades para los distintos sectores que contribuyen al crecimiento y fortalecimiento de nuestra economía.

2. Propiedad Intelectual

Al ser el tema de las negociaciones del TLC con Estados Unidos uno muy amplio de abordar, buscaremos enfocarnos en un sector especial, la Propiedad Intelectual, sin restarle por ello la importancia que poseen los demás campos.

(*) Alumno del décimo segundo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

(1) Conjuntamente con Colombia, Ecuador y Bolivia.

(2) www.mincetur.gob.pe.

Las negociaciones que se vienen llevando a cabo en el TLC andino sobre Propiedad Intelectual han sido muy complejas e interesantes, debido a ser este un tema “sensible” en las negociaciones.

Para comprender esta sensibilidad del Derecho de Propiedad Intelectual, comenzaremos por entender su significado. Así, debemos de señalar que su naturaleza se da por la conjunción de dos cosas: (i) las ideas, invenciones y expresión creativa; y, (ii) la disposición pública de otorgar el carácter de propiedad a esas invenciones y expresiones⁽³⁾. En suma, podemos decir que cuando se proteja la invención y la expresión creativa, nos encontraremos frente a la Propiedad Intelectual.

En lo referente a la protección normativa que recibe la Propiedad Intelectual, tenemos que es protegida según la legislación de cada país, la cual se establece de acuerdo a los intereses, exigencias y necesidades que tiene cada uno sobre la materia correspondiente (Derechos de autor, patentes, signos distintivos, marcas, etcétera). No obstante la protección que es otorgada “territorialmente”, con la creación de la Organización Mundial del Comercio -OMC- integrada por la mayoría de países del mundo y como resultado de las negociaciones ocurridas en la Ronda de Uruguay en 1995, los diversos países concluyeron adoptar el acuerdo sobre los “Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio” -ADPIC o TRIPS- siendo estas sus siglas en español e inglés respectivamente, buscando la uniformización en los criterios de protección.

En el caso peruano, la protección de estos derechos se estableció a través del Decreto Legislativo 822. Asimismo, son recogidos y protegidos por la Comunidad Andina a través de la Decisión 486.

Como podemos apreciar, los derechos de propiedad intelectual en el Perú, se encuentran debidamente protegidos no solo a un nivel legislativo interno (Decreto Legislativo 822), sino también de manera internacional mediante la Decisión Andina 486 y los ADPIC. La entidad encargada de dicha protección en nuestro país es

el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual -Indecopi.

3. Las negociaciones por dentro: análisis de los temas sensibles

Para comenzar, definamos ¿cuáles son los temas que se vienen negociando sobre Propiedad Intelectual con Estados Unidos? Entre los más importantes tenemos:

- a) Derechos de autor y derechos conexos.
- b) Marcas.
- c) Nombres de dominio.
- d) Patentes.
- e) Indicaciones geográficas.
- f) Acuerdos internacionales.
- g) Información no divulgada.
- h) Señales de satélite codificada portadoras de programas.

La posición andina⁽⁴⁾ ha dejado sentado su especial interés en temas como:

- a) Búsqueda de la preservación de la normativa andina vigente en materia de propiedad intelectual.
- b) Conseguir la libertad y flexibilidad necesaria para poder mantener las condiciones existentes en materia de salud pública.
- c) Necesidad de tener esquemas claros en materia de acceso a medicamentos, en lo referente a los precios del consumidor y a la competencia que debe existir dentro de este esquema.
- d) Finalmente, se encuentra el interés de los países andinos y concretamente del Perú en combatir a la bio-piratería. Se busca establecer sistemas que permitan reducir o controlar la bio-piratería considerando la biodiversidad y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

Como podemos apreciar, estos cuatro puntos representativos en los que se basa la posición del Bloque Andino en las negociaciones del TLC, se encuentran sustentados en realidades y necesidades que afrontan nuestros pueblos. Por ejemplo, la protección de los conocimientos ancestrales heredados de nuestros antepasados, así como la diversa y rica biodiversidad que poseemos, no pueden pasar inadvertidos en las

(3) SHERWOOD, Robert M. *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico*. Argentina: Heliasta, 1992. p. 23.

(4) GARCÍA MUÑOZ NAJAR, Luis Alonso (Jefe del equipo negociador peruano del Grupo de Propiedad Intelectual). *TLC en Debate*. Lima, 2004. p. 148.

La única manera que nuestro país proteja a futuro la propiedad intelectual es a través de incentivar la producción intelectual, la generación de conocimiento e investigación, el desarrollo de las artes y las letras, y la evolución científica y cultural. Para ello, el TLC debe ser un compromiso de todos y no debe convertirse en un supuesto logro de un gobierno.

rondas que se vienen llevando a cabo y en consecuencia, deben de ser uno de los aspectos en los cuales nos corresponde concentrar y unir esfuerzos como Bloque Andino.

En ese sentido, podemos identificar como temas sensibles de las negociaciones con Estados Unidos los siguientes⁽⁵⁾:

- a) La adhesión a ciertos tratados y convenios internacionales.
- b) La extensión del plazo de la patente.
- c) Protección mediante patentes para las plantas.
- d) Segundos usos.
- e) Las licencias obligatorias.
- f) Protección de información no divulgada.
- g) Conocimientos tradicionales (propuesta peruana).
- h) Las denominaciones de origen (de acuerdo con la OMC se debe de hablar de indicaciones geográficas. Estados Unidos solo tiene esta regulación para el caso de las marcas).

Por su parte el Perú⁽⁶⁾ ha dado a conocer en el tema de Propiedad Intelectual sus intereses sobre los siguientes asuntos:

- a) Signos distintivos: preservar el sistema marcario andino.
- b) Productos regulados: garantizar el adecuado acceso a productos farmacéuticos y agroquímicos necesarios.

c) Derechos de autor: mantener el nivel de protección en la normativa vigente.

d) Patentes: libertad para aplicar excepciones a la patentabilidad y licencias obligatorias.

e) Acceso a recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional: reconocimiento de los derechos del Perú y sus pueblos indígenas sobre sus recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

f) Observancias: mantener el nivel de protección contenido en la normativa vigente.

Estados Unidos a través del TLC andino buscaría obtener entre otros aspectos, según el jefe del equipo negociador peruano⁽⁷⁾, lo siguiente:

a) La adhesión de nuestro país a determinados convenios y tratados internacionales.

b) La unificación del sistema de marcas con el sistema de protección e indicaciones geográficas (antes llamadas denominaciones de origen).

c) La extensión del plazo de la patente.

d) El conseguir un plazo de exclusividad de 5 años para productos farmacéuticos y de 10 años para productos agroquímicos.

No comprendemos las razones por las cuales Estados Unidos pretende que suscribamos nuevos convenios y tratados adicionales a los establecidos en la Ronda de Uruguay - ADPIC. ¿Resultaría conveniente seguir armonizando donde ya se armonizó? Consideramos que la normativa nacional, andina e internacional, que sobre la materia nuestro país se ha adherido es integral y suficiente. En esta línea el Bloque Andino debería "cerrar filas" en las negociaciones.

Sobre el particular, existe un tema muy importante de destacar, que es el conflicto que surgiría si se uniformiza un sistema con otro, ello en razón a que como sabemos, el sistema legal norteamericano es diferente al sistema que rige nuestros pueblos. Creemos que la normativa andina (Decisión 486) aquí debe ser el estandarte de los países andinos que se encuentran negociando el TLC.

Cabe destacar la posición del Indecopi⁽⁸⁾ sobre la propuesta norteamericana de adherirnos a

(5) ARANA, Carmen. *TLC en debate*. Lima, 2004. p. 162.

(6) www.tlcperu-eeuu.gob.pe.

(7) GARCIA MUÑOZ NAJAR, Luis Alonso. *Op. cit.*; pp.148 y 149.

(8) INDECOPI. *Perú: Los Intereses Nacionales en Propiedad Intelectual y los Tratados de Libre Comercio*. Marco Referencial. Documento Institucional. Marzo, 2005. p. 44.

nuevos convenios o tratados sobre propiedad intelectual:

“El Indecopi reconoce los principios inspiradores de la legislación del mundo en materia de Propiedad Intelectual por ello destaca la adhesión del Perú al acuerdo sobre los ADPIC y a la Comunidad Andina. Asimismo, se reconocen los principios establecidos en la declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública y la decisión del Consejo General de la OMC sobre la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha adoptada el 30 de agosto de 2003, en el sentido que ningún acuerdo internacional puede ser un obstáculo ni impedir que los países miembros adopten medidas para proteger la salud pública”.

En lo que respecta al tema de la extensión de las patentes, la posición de Estados Unidos es simple, después de los cuatro años que tiene la oficina respectiva (en nuestro caso Indecopi) para otorgar la patente, los meses adicionales que tarde la oficina, deberán ser “compensados”. Así tendríamos que ya no solo serían veinte años de protección, sino por ejemplo, si se tarda tres años más en otorgar la patente, la protección se extendería a 23 años.

Según el vicepresidente de la ADIFAN David Chlimper⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾:

“(…) si se tiene el mencionado derecho expedito y se está debidamente protegido desde el día cero hasta el año veinte, no tendríamos porqué otorgarle una extensión en el plazo de protección por más demora que haya. (...) hay que buscar que la vigencia del periodo de protección sea desde el periodo del otorgamiento de la patente y no desde el momento en que se ha solicitado”.

En nuestra opinión, primero debemos fortalecer a la autoridad que otorga las patentes en el Perú, dotándole de ciencia y tecnología, así como capacitando a su capital social constituido por las personas que se encargan de analizar el otorgamiento de la misma, puesto que con la sumatoria de estos aspectos, no habría porque exceder en el tiempo establecido para conceder una patente.

Finalmente, sobre este punto debemos atender lo planteado por David Chlimper: “el otorgamiento de patente con el objetivo de recuperar la inversión

realizada es justo, pero hay que considerar cuanto de ella se recupera en los mercados del primer mundo”.

Para ir concluyendo el análisis de algunos aspectos que se vienen negociando en el TLC, consideramos importante citar la posición del equipo negociador peruano respecto al tema de la biodiversidad y la protección de los conocimientos tradicionales. Al respecto, el jefe del equipo negociador peruano en las negociaciones, el doctor Luis Alonso García señala:

“Se busca establecer ciertos principios. Se quiere claridad en la divulgación del país de origen cuando se utilicen recursos biológicos y conocimientos tradicionales en lo relativo a las invenciones.

Los andinos quieren establecer el consentimiento fundamentado previo, es decir, la aprobación por parte del propio Estado dueño del material biológico o genético como también de las entidades que correspondan de tratarse de los conocimientos tradicionales, al autorización vendría por parte de los pueblos indígenas.

La intención de la propuesta es que la distribución de los beneficios sea justa y equitativa conforme al Régimen Nacional de Acceso que puedan establecer nuestros países”.

Somos de la opinión que la protección que se busque conseguir debe de tener límites claros y definitivos, con ello se asegura el libre acceso de la población a los evidentes beneficios que conlleva la creación científica, intelectual y artística. Correspondiéndole al Estado tomar una posición fiscalizadora en la medida que pueda limitar algunos derechos como por ejemplo, el de los fabricantes de productos farmacéuticos, con la finalidad de cuidar el derecho fundamental de toda la población de poder acceder a medicamentos a precios razonables.

4. Consideraciones finales

Resulta evidente que nuestro país en los diversos aspectos que encierran la Propiedad Intelectual ha tenido un desarrollo “primitivo” (por decirlo de algún modo), esto lo señalamos a partir de la comparación que podemos realizar con

(9) Asociación de Industrias Farmacéuticas de origen y capital nacionales.

(10) CHLIMPER, David. *TLC en Debate*. Lima, 2004. p. 155.

cualquier otro país de nuestro continente, por ejemplo, “en el 2000, el Perú concedió 299 patentes a extranjeros y tan solo 9 patentes a nacionales, Colombia por su parte, el mismo año concedió 574 patentes a extranjeros contra las 21 patentes a nacionales. En el caso de EEUU, en el 2002 se concedieron 177,317 patentes”⁽¹¹⁾. ¿Queda alguna duda entonces del lugar que ocupamos en este ámbito?

Esta situación se ve agravada por el hecho que en los procesos de negociación tienen, como señala el Indecopi⁽¹²⁾, “escasa promoción y vinculación con las estrategias de desarrollo industrial”. El Gobierno peruano debe comprender que en la medida que haga sentir partícipe a todo el pueblo, a todos los sectores de la sociedad, ocasionará que exista un compromiso real y sincero de cada peruano con el TLC, debiendo ser este el fin último.

La única manera que nuestro país proteja a futuro la propiedad intelectual es a través de incentivar la producción intelectual, la generación de conocimiento e investigación, el desarrollo de las artes y las letras, y la evolución científica y cultural. Para ello, el TLC debe ser un compromiso de todos y no debe convertirse en un supuesto logro de un gobierno.

5. Conclusiones

Consideramos destacables algunos de los objetivos estratégicos y conclusiones que señala el Indecopi⁽¹³⁾ que la Propiedad Intelectual en el Perú debería perseguir en las negociaciones del TLC andino:

a) Promover los regímenes de acceso a los recursos genéticos y la protección de conocimientos tradicionales.

b) El Indecopi conjuntamente con el CONCYTEC, deben contribuir a identificar las posibles áreas de asistencia técnica que pueden ser objeto de cooperación internacional con la finalidad de estimular el desarrollo científico y tecnológico.

c) Promover el “patentamiento” de invenciones que respondan al verdadero nivel de inventiva

nacional, es decir, a modelos de utilidad, grado de innovación que está al alcance de las pequeñas y medianas empresas que predominan en nuestro país.

d) Propiciar el desarrollo de denominaciones de origen o indicaciones geográficas para potenciar los productos oriundos del Perú que pueden alcanzar una presencia significativa en mercados internacionales.

e) Desarrollo de estrategias de sensibilización, orientación y asistencia efectiva en materia de marcas y propiedad industrial. Especial atención en esta materia es el requerido para propiciar el desarrollo de marcas en las pequeñas y medianas empresas. Alentar la generación de marcas colectivas, marcas de certificación, marcas de exportación que sirvan para añadir valor agregado a las materias primas del país.

f) Priorizar la salud pública respecto de los derechos de exclusiva que otorga una patente, teniendo para ello como marco legal de referencia las flexibilidades contempladas en el acuerdo sobre los ADPIC, como por ejemplo, licencias obligatorias y las condiciones derivadas del acuerdo de DOHA.

g) Rechazar la posibilidad de otorgar derechos de exclusiva respecto de los denominados “datos de prueba” toda vez que la patente que ampara el producto es ya suficiente compensación a la inventiva desarrollada por el titular y porque permitir el desarrollo de algún nivel de protección de este concepto constituiría extender en la práctica la duración de la patente y afectar significativamente el acceso a medicamentos genéricos.

h) Incluir mecanismos de protección del valioso acervo que constituyen los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos para el futuro de la humanidad que consista en la exigencia internacional de que toda acción destinada a patentar los mismos identifique el origen del recurso y cumpla con la compensación que corresponde a sus generadores.

Por nuestra parte, consideramos que debemos reconocer que a quien tenemos al frente de las negociaciones es a la economía más grande del mundo, por otro lado, asimilar de buena manera nuestras limitaciones pero también aprovechar

(11) GARCIA MUÑOZ NAJAR, Luis Alonso. *Op. cit.*; p. 143.

(12) INDECOPI. *Op. cit.*; p. 42.

(13) *Ibid.*

nuestras ventajas competitivas como país y como Bloque Andino. Tenemos que aprender a unirnos con los demás países andinos para afrontar mejor las negociaciones, dado que si nos encontramos divididos será más sencillo para Estados Unidos imponer sutilmente sus intereses.

En la medida que concentremos nuestros esfuerzos en aquellos puntos en los cuales nuestro interés sea comunitario, podremos conseguir una gran ventaja para nuestros países.

Debemos tener presente que como país no podemos cerrar los ojos frente a la gran oportunidad que tenemos en frente, pero ello no significa como dicen algunas autoridades peruanas que tenemos que celebrar el TLC "sea como sea". Debemos ser más responsables en las declaraciones que efectuamos, en vista que si bien estamos hablando de una gran posibilidad de desarrollo de nuestra retrasada economía, el efecto contrario, sería arrastrar a nuestra población a una miseria de la cual sería bien complicado salir.

Las autoridades de nuestro gobierno deberían considerar que la mejor forma de llevar adelante las negociaciones es contando con el respaldo del pueblo, ello a través de la difusión en todos los sectores y regiones de nuestra población. En la actualidad consideramos que solo ha sido un grupo reducido de personas los que han tenido un acceso a la información verdadera, el grueso de la población recibe una información sesgada y antojadiza de lo que realmente se está negociando.

Es evidente que muchos intereses políticos y económicos contaminan las negociaciones, la mejor manera de sacudirse de ello es mediante una difusión constante y transparente de la información a cerca de lo que se viene tratando en las distintas rondas.

Para concluir, la posición peruana⁽¹⁴⁾ en el campo de la propiedad intelectual debe fundarse en el análisis y evaluación del posible impacto (costos y beneficios) que los términos de la negociación pueden originar sobre la economía y el desarrollo integral de la sociedad peruana. ㄸ

CARLOS AUGUSTO SOTOMAYOR BERNOS

NOTARIO DE LIMA

Coronel Inclán N° 179 - Miraflores
Telfs: 446-0373 – 446-4582 – 446-6717
Fax: 446-2203