

*Rafael Pérez Miranda \**

---

## **El Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica y los Derechos de Propiedad Intelectual, una perspectiva de interés nacional**

**SUMARIO:** Presentación. I. El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica. II. Breve análisis sobre la importancia general del tratado para la balanza comercial de México. III. El capítulo sobre Propiedad Intelectual en el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica actual. IV. Tendencias actuales en las negociaciones internacionales sobre propiedad intelectual. V. Las propuestas de reforma del capítulo del TPP sobre Propiedad Intelectual. VI. Algunas conclusiones. VII. Bibliografía.

### **Presentación**

El Tratado de Marrakech moderniza al antiguo Acuerdo sobre Aranceles y Comercio (GATT), introduce modificaciones en aras de una mayor eficiencia, pero además incorpora Acuerdos obligatorios para los países que quisieran incorporarse a la nueva institución, la Organización Mundial del Comercio (OMC). En el tema que desarrollamos nos interesan en especial el Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual vinculada al Comercio (ADPIC, TRIP`s por sus siglas en inglés) y el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones vinculadas al Comercio (MIC). Si bien se deberían tratar de convenios con un breve articulado que se limitara a considerar las especificidades de la propiedad intelectual y de

\* Doctor en Derecho Internacional por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente Investigador en la UAM-Azcapotzalco. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

las inversiones extranjeras que se relacionan directamente con el comercio internacional de mercancías y servicios, en estos acuerdos no se realiza ninguna distinción, se establecen normas que todos los países tienen que incorporar a su derecho interno, se relacionen o no con el comercio internacional. En el caso de ADPIC, es una reglamentación minuciosa que deja pocos detalles a la decisión creativa de los legisladores nacionales; el acuerdo MIC, por el contrario, se limita a unas pocas disposiciones sobre apertura a la inversión extranjera y prohibición de condiciones de desempeño (por lo cual los países exportadores de capital impulsaron TLC y tratados bilaterales para la protección de la inversión extranjera).

El Acuerdo MIC establece unas pocas disposiciones relacionadas con la inversión extranjera; uno de los motivos por el cual no lograron una mayor precisión y protección los países exportadores de capital es atribuible a la cercanía de esta negociación con el fracaso de Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI), propuesto al interior de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (1994). La pretensión de ampliar la protección de la inversión extranjera en los términos del CIADI y ampliar la materia patentable provocaron, en gran medida, a posteriori, el fracaso del Acuerdo de Libre Comercio para América Latina (ALCA).

La eficiencia otorgada al sistema de solución de diferencias en la OMC y los Acuerdos descritos, permitieron una acelerada expansión de las empresas transnacionales en tanto la liberalización de la balanza de capitales les permitía invertir en áreas económicas tradicionalmente restringidas, evitar que se reglamentaran sus condiciones de desempeño, con la protección de sectores tecnológicos hasta ese momento no contemplados en la propiedad intelectual, y con la libertad para exportar e importar las partes que le conviniera producir en cada país. Un muy elevado porcentaje de las transacciones internacionales que inflan los datos estadísticos como beneficios de los acuerdos económicos internacionales son atribuibles a negociaciones internas de las grandes corporaciones. (Pérez Miranda, 2011)

El precedente generado por la OMC motivó que los posteriores Tratados de Libre Comercio (TLC) incorporaran estos capítulos (propiedad intelectual e inversiones) y que algunos anteriores que no los consideraban lo hicieran a posteriori. Una excepción fue el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN, conocido también por su sigla en inglés NAFTA), se negoció en paralelo a la Ronda Uruguay del GATT, los incorporó por sugerencia de Estados Unidos de América, pese a que cobró vigencia un año antes que el Tratado de Marrakech.

En América Latina destacaron dos enfoques diferentes de integración económica, el de México, celebrando múltiples Tratados de Libre Comercio, entre

los que sobresale el TLCAN/NAFTA con dos países claramente más desarrollados industrialmente, EUA y Canadá; y el de Argentina y Brasil, que impulsan una Unión Aduanera, el MERCOSUR, que los une a países de similar nivel de desarrollo: Uruguay, Paraguay y Venezuela (con acuerdos especiales con Chile y Bolivia). Los resultados fueron similares en lo que hace al crecimiento de las exportaciones e importaciones, si contabilizamos el período que va del inicio de vigencia del TLCAN, año 1994, hasta la fecha:

Entre 1994 y 2011, las exportaciones de mercancías de México crecieron un 474%, las de Brasil 488% y las de Argentina 436%; las importaciones de México crecieron un 340%, las de Brasil 558% y las de Argentina 248% (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2013). En este lapso, fue sustancial el impacto de la política económico social de Brasil y Argentina, que pasaron de un 37.5% y 34.9% de sus habitantes en situación de pobreza en el año 2004, respectivamente, a 7% y 2.8%, mientras México, pasó de un 39.4% de pobreza a 36.3% (CEPAL, 2012).

En el mismo período, la inversión extranjera directa de estos países tuvo un comportamiento que no argumenta necesariamente en favor de las ventajas alegadas que se habrían derivado para México de la firma del TLCAN. Por la mayor estacionalidad de la inversión extranjera respecto al comercio internacional de bienes y servicios, consideraremos el promedio de inversión recibida en los años 1994 a 1998 por México, 55, 271 millones de dólares, es decir un promedio anual de 11,054.2 millones. En el mismo período Argentina ingresó 22,554.9 millones, un promedio anual de 4,511 y Brasil 64,977 millones, para promediar 12,995.4 anuales. En los cinco últimos años, es decir de 2008 a 2012, México recibió 100,721 millones de dólares, un promedio de 20,144.2 millones anuales; Argentina 43,964 millones, promediando 8,792 millones por año y Brasil 251,445 millones, 50,289 anuales promedio. Si comparamos los promedios de los años 1994 a 1998 respecto al período 2008 a 2012, es cierto que México incrementó su recepción de inversión extranjera en un 82.2%, pero Argentina lo hizo en 94.9% y Brasil, el más destacado, en 286.9%.

Es decir, los incrementos de exportaciones e importaciones de México, así como los correspondientes a su recepción de inversión extranjera directa, no deben ser atribuidos necesariamente a la firma del TLCAN. Incrementos similares tuvo Argentina y superiores Brasil, que destaca por no haber suscrito tratados de integración o de libre comercio fuera del MERCOSUR y por no haber suscrito ningún tratado bilateral de promoción y protección de inversiones (incluso no ha ratificado el que se celebró al interior del MERCOSUR).

Es dable considerar que estos incrementos son atribuibles en términos generales a la apertura de los mercados internacionales al libre comercio de mercancías y servicios, así como el mayor flujo de inversiones extranjeras por la

apertura de las cuentas de capitales de los países receptores y la mayor movilidad de las empresas transnacionales estimuladas por los Acuerdos ADPIC y MIC, y por la protección a la inversión extranjera establecida en los TLC y en los Tratados Bilaterales sobre Promoción y Protección de la Inversión Extranjera. Como datos a considerar podemos destacar que entre 1993 y 2011 las exportaciones de mercancías se incrementaron en el comercio mundial en un 385% y las importaciones en un 298% (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2013). En lo que hace a los flujos mundiales de inversión extranjera directa, tuvieron un crecimiento del 231% considerando el promedio de los años 1994/1998 y el correspondiente a 2008/2012 (UNCTAD, 2013).

En el TLCAN, y a posteriori en la gran mayoría de los TLC, los capitulados sobre promoción y protección de la inversión extranjera directa (IED) incorporaron el modelo de apertura de la mayoría de las áreas económicas a los capitales extranjeros y la protección de los inversores bajo el techo de un sistema jurídico sui géneris y tribunales (arbitrales) especiales, conforme al sistema diseñado por el Centro Internacional para la solución de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI) que no se pudo incluir en el MIC. Un sector importante de la doctrina considera que en las negociaciones de los TLC, en las cuales participan países de diverso nivel de industrialización, los de menor desarrollo disputan el acceso de sus bienes exportables y en los que son competitivos, a los mercados desarrollados; y los países desarrollados, Estados Unidos de América (EUA) en este caso, debaten, fundamentalmente, los capítulos sobre promoción y protección extranjera y sobre propiedad intelectual, sosteniendo su derecho a subvencionar y proteger los sectores que consideran estratégicos. Con muchos países con los que no se celebraron TLC se suscribieron Tratados de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera.

México y Argentina destacaron a partir de la década de los 90` por el número de tratados internacionales de promoción y protección de la inversión extranjera que celebraron, con lineamientos similares, conforme al modelo del Banco Mundial y del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en Materia de Inversión (CIADI); Argentina firmó 56, de los cuales 46 están vigentes, México 23, además de TLC con 18 países que contienen capítulos que protegen la inversión extranjera. Brasil, por el contrario, ha rechazado suscribirlos (incluso no ratificó el acuerdo sobre el tema suscrito al interior del MERCOSUR). El resultado, sin embargo, no se vinculó a las seguridades recibidas por los inversores extranjeros sino al crecimiento de las economías de cada país y, en el caso de Argentina, a la profunda crisis financiera que le impidió cumplir con los compromisos contraídos con los inversores.

## I. EL Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica

El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Cooperación Económica (TPP), que aun no fue modificado, pertenece a los tratados que se limitan a regular el comercio internacional entre países con similares niveles de desarrollo, y registra algunas pocas disposiciones sobre propiedad intelectual. Su renegociación incluye economías modernas de alta productividad (Canadá, Estados Unidos de América, Japón) así como mercados con un volumen global de comercio exterior superior al de la suma de los países originales (México). El rol hegemónico de EUA no tendrá la competencia de otros mercados relevantes, como podrían ser la Unión Europea, Japón o China; su peso específico en las negociaciones es claro, y son menores las posibilidades de fracasos como los citados del AMI y del ALCA. Es interesante destacar que en la renegociación del acuerdo comercial que comprende al mercado más importante del mundo, el que involucra a EUA y a la Unión Europea, no se ha invitado a terceros países.

Por otra parte, en las negociaciones de los temas que nos interesan, EUA puede esperar hasta que finalicen las negociaciones sobre comercio internacional de mercancías y servicios, condicionando el cierre exitoso de las negociaciones a la aceptación de la mayoría de sus propuestas sobre inversión y propiedad intelectual; estrategia que pareciera desarrollar en esta negociación.

*El Acuerdo vigente a la fecha*

El (TPP) es un tratado internacional vigente desde 2006 integrado por Brunei Darussalam, Chile, Nueva Zelanda y Singapur, quienes han iniciado un proceso de ampliación que comprende:

- La incorporación de otros países partes: Estados Unidos de América (EUA), Canadá, Perú, Australia, Malasia, México y Japón.
- Modificaciones al contenido del tratado, que se debaten con los países que pretenden incorporarse.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En el caso de México, en tanto se trata de un tratado internacional de contenido económico, se deberá cumplir con los objetivos establecidos en el art. 3 de la ley respectiva y se deberá informar periódicamente al Senado de la República sobre los temas en debate, propuestas de los países partes y capitulados ya concertados. Ley sobre la aprobación de tratados internacionales en materia económica. Diario Oficial de la Federación del 2 de septiembre de 2004.

Se especula, sin datos firmes, con la posible incorporación a estas negociaciones, o al Acuerdo una vez que estas finalicen, de otros países, pertenecientes al Foro de Cooperación Asia-Pacífico (APEC), como la República de Corea (Corea del Sur) y probablemente Colombia (que antes debería adherir a APEC).<sup>2</sup>

*Las negociaciones para ampliar el número de países partes  
y modificar el actual tratado*

Los países miembros iniciaron negociaciones con los que pretenden integrarse al convenio en el año 2008, utilizando el sistema de “rondas”; los primeros en incorporarse fueron Australia, Estados Unidos, Perú y Vietnam; a posteriori, se aceptó la participación de Malasia. México y Canadá se incorporaron en la Ronda 15ª que tuvo lugar en Auckland, Nueva Zelandia, del 3 al 11 de diciembre de 2012, Japón lo hizo el 23 de julio de 2013 en la Ronda 18ª que se reunió en Kota Kibanalú, Malasia. Los países que se van incorporando no pueden proponer que se modifiquen los acuerdos a que se arribó en las rondas precedentes, en especial los capítulos cerrados. A los efectos de este ensayo nos interesan en especial las propuestas de modificación del capítulo sobre propiedad intelectual y de que se incorpore un capítulo sobre protección de la inversión extranjera.

*Conveniencias de la participación de México en las negociaciones  
y su posterior adhesión*

La renegociación del Tratado Transpacífico se orienta hacia la incorporación de los contenidos de los Tratados de Libre Comercio propuestos por EUA, en los cuales tienen un rol destacado, como se expresara *supra*, los capítulos ajenos al comercio, como son los correspondientes a la propiedad intelectual, a la apertura de los mercados de capitales y, en razón de ello, a la protección de las inversiones extranjeras, así como a limitar la actividad de las empresas estatales o, en su defecto, a evitar que compitan deslealmente con las empresas

<sup>2</sup> Para ser miembro del Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica, Capítulo I, art. 1.1, es necesario que los Estados partes pertenezcan al Foro de Cooperación Económica del Asia-Pacífico (APEC).

privadas. Los efectos dañinos o benéficos del TPP se deben cotejar con las ventajas o desventajas que se obtendrán de la aplicación de los restantes capítulos del Tratado.

- Un primer aspecto a evaluar es si los contenidos del TPP en materia de propiedad intelectual son o no benéficos al interior mismo del sistema científico y cultural; mejores, podríamos decir, que los contenidos del sistema de propiedad intelectual mexicano que debería modificarse de aprobarse el tratado. Esta valoración al interior del sistema debe estimar sus objetivos en sí, en especial los de promover la producción científica, artística e inventiva, estética y tecnológica, exigir la información genealógica para otorgar una patente con materia viva para proteger los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. A partir de estas evaluaciones se puede pensar en utilizar como política pública de estímulo otorgar, en este caso modificar, privilegios monopólicos a autores e inventores. Ahora bien, se debe considerar en especial la producción estética e inventiva de los residentes en México y la incorporación de bienes intangibles producidos en el exterior en segundo término; el motivo no es sólo que la balanza internacional de pago y percepciones de regalías por derechos de autor y propiedad industrial es altamente deficitaria, sino en especial por como los derechos monopólicos afectan negativamente a científicos y técnicos mexicanos.
- Es conveniente valorar, además, si las modificaciones que se proponen benefician o perjudican el respeto a los derechos humanos que pudieran ser afectados por el privilegio monopólico que otorga el derecho de propiedad intelectual; en especial, el derecho a la alimentación, a la salud, a la educación y al acceso a la cultura.
- Las conclusiones positivas o negativas deben ser cotejadas, además, con los logros de otro tipo que se pudieran obtener de la incorporación al tratado colectivo TPP, de los cuales sólo se suelen presentar como positivos los incrementos en materia de inversión extranjera y del comercio exterior. Las autoridades rectoras de las finanzas y de la economía mexicana no han realizado una presentación sobre las políticas económicas, financieras y sociales de mediano y largo plazo que justifiquen la continuidad en la propensión a continuar suscribiendo TLC y los beneficios que de ellos pueden derivar. Tampoco han presentado análisis serios sobre los efectos de los tratados ya suscritos en el desarrollo científico y tecnológico, en los precios de los fármacos y los alimentos, en el costo para el Esta-

do y para la sociedad de los incrementos en los estándares en la protección de los derechos intelectuales.

Pese a ello, y con argumentaciones simplistas, se ha impulsado una campaña de propaganda en favor de la participación de México en las negociaciones del TPP y de su posterior aprobación (Guerra, 2013).<sup>3</sup>

### *La legislación sobre tratados internacionales con contenido económico*

Por último, se tiene que analizar el actual clausulado sobre propiedad intelectual contemplado por el TPP y, en especial, las propuestas de modificación en debate. En todos estos puntos debemos destacar que es poco lo que conocemos oficialmente sobre las negociaciones, ya que los países partes han suscrito un acuerdo de confidencialidad respecto al contenido de propuestas y debates<sup>4</sup> (REFORMA, 2013). Esta confidencialidad conspira con el derecho de las sociedades de los países negociadores a estar informado sobre lo que se pretende que en el futuro sea su legislación interna. Actualmente se brinda información detallada de los debates parlamentarios, algunos inclusive son transmitidos en vivo por televisión, pero se discute en secreto un tratado internacional que reformará, al menos en el tema que nos ocupa, la legislación sustantiva sobre derechos de autor, patentes, propiedad intelectual sobre nuevos vegetales, marcas.

Este mecanismo conspira, por otra parte, con lo establecido en la Ley Sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica, que no sólo obliga al Ejecutivo a informar al Senado sobre los tratados de contenido económico que negocia y sus avances, sino también informar sobre las modificaciones que se deberán realizar al derecho mexicano para cumplir con los compromisos contraídos (art. 6, frac. IV).<sup>5</sup>

<sup>3</sup> En un sentido similar el Canciller de México Meade Kuribeña, José Antonio. La importancia de promover a México en el mundo. En Enfoque, suplemento del periódico Reforma, 28 de julio de 2013. México, págs. 2 y ss.

<sup>4</sup> El Presidente de la Organización Internacional Médicos sin Fronteras, Unni Karunakara, denunció los peligros de la opacidad de las negociaciones del TPP y expresó que Estados Unidos estaría buscando proteger las patentes de las fórmulas de medicamentos por tiempo indefinido y que patenten procedimientos médicos.

<sup>5</sup> Ley Sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica *op.cit.*



El secreto conspirativo de las negociaciones fue uno de los motivos que fundaron el rechazo informal (ya que no fue presentado oficialmente para su aprobación) del tratado ACTA en el Senado de México.

Ahora bien ¿por qué se exige el secreto de los contenidos de los temas que se negocian y de las propuestas que se presentan? Al menos podemos encontrar dos líneas de explicación:

- En la medida en que algunos de los temas en discusión, y el de la propiedad intelectual, que afecta directamente los derechos humanos a la salud, a la alimentación, al acceso a la cultura y a la educación y a la ciencia, es uno de los más importantes, son sensibles para los habitantes de los países concernidos que en su mayoría pudieran oponerse (como sucedió con ACTA cuando se conoció su contenido).
- Los intereses económicos de los poderes ejecutivos y de las corporaciones que promueven las reformas incorporan disposiciones, articulados, que obligarán a los congresos de los países partes a reformar su actual legislación, reformas que no podrían lograr sin la presión de un Tratado Internacional que ofrece posibles beneficios inmediatos no mensurables. Veremos en las páginas siguientes que las reformas propuestas por EUA en materia de propiedad intelectual son contrarias a su legislación y a recientes interpretaciones de su Suprema Corte; México, por su parte, debería reformar sustancialmente su legislación si se aprobara la propuesta norteamericana (Botero, 2013).

## **II. Breve análisis sobre la importancia general del tratado para la balanza comercial de México**

Si consideramos los vínculos mercantiles institucionales de México con los actuales países miembros del TPP y con los que participan en las negociaciones para incorporarse, vemos que carece de tratados de libre comercio con Singapur, Brunei, Nueva Zelanda, Malasia, Australia y Vietnam; ha celebrado TLC, por el contrario, con Chile, Japón, Estados Unidos de América y Canadá; el comercio actual con países con los que todavía no tenemos TLC, las inversiones extranjeras directas de esos países en México y las expectativas de incrementos de ambos indicadores son, quizás, los datos más interesantes a tener en cuenta en las evaluaciones que se realicen sobre ventajas y desventajas que pueden derivar de la alianza.

*Datos generales sobre comercio exterior de México con los países miembros del TPP y con los que pretenden incorporarse*

Veamos algunas cifras de los países con los cuales México tiene o no tiene TLC.<sup>6</sup>

Países miembros del TPP que no tienen TLC con México:

***Brunei Darussalam***

- Población: 406 mil hab.
- Producto Bruto Nacional: \$ 12,370 millones de dólares
- Exportaciones de mercancías F.O.B. 12,440 millones de dólares
- Importaciones de mercancías (C.I.F.) 2,943 millones de dólares
- Patentes otorgadas a no residentes: 42
- Comercio con México: exportaciones de México U\$S 0,529 millones, importaciones U\$S 0,042 millones

***Singapur***

- Población: 5,184,000 hab.
- Producto Bruto Nacional: \$ 239,700 millones de dólares (año 2011)
- Exportación de mercancías (FOB): U\$S 409,503 millones (2011)
- Importación de mercancías (CIF): U\$S 365,770 millones (2011)
- Comercio con México: exportaciones: U\$S 592 millones - importaciones: U\$S 1,184 millones
- Patentes otorgadas: 4,442. A residentes: 369 – a no residentes: 4,073 (año 2010)

***Nueva Zelandia***

- Población: 4,405,000 hab.
- Producto Bruto Nacional: U\$S 142,477 millones de dólares
- Exportaciones FOB: \$ 37,669 millones de dólares
- Importaciones DIF: \$ 37,105 millones de dólares
- Comercio con México: exportaciones \$ 91.8 millones de dólares – importaciones \$ 434.7 millones de dólares
- Patentes otorgadas: 4,347, a residentes: 394 – a no residentes: 4,347

<sup>6</sup> Organización Mundial del Comercio, incluyendo los de México. Los datos de población corresponden a 2011 y los de producción y comercio, si no se hace referencia expresa al año, a 2010.

### ***Viet Nam***

- Población: 87,840,000 hab.
- Producto Bruto Nacional: \$ 123,961 millones de dólares
- Exportación FOB: \$ 96,906 millones de dólares
- Importaciones CIF: \$ 106,750 millones de dólares
- Comercio con México: Exportaciones \$ 64.1 millones de dólares – importaciones \$ 973,6 millones de dólares
- Patentes otorgadas: 822 – no residentes 29 – residentes 793

Países que participan en las negociaciones para el TPP y no tienen TLC con México:

### ***Australia***

- Población: 22,621,000 hab.
- Producto Nacional Bruto: U\$S 1,371,764 millones
- Exportaciones F.O.B. U\$S 270,440 millones
- Importaciones CIF: U\$S 243,699 millones
- Comercio con México: Exportaciones: U\$S 894,5 millones – importaciones U\$S 984.1 millones
- Patentes otorgadas: 14,557, residentes 1,178 – no residentes: 13,379

### ***Malasia***

- Población: 28,859,000 hab.
- Producto Bruto Nacional: \$ 278,671 millones de dólares
- Exportaciones FOB: \$ 278,671 millones de dólares
- Importaciones CIF: 187,661 \$ millones de dólares
- Comercio con México: Exportaciones: \$ 124.3 millones de dólares – \$ importaciones: 5,609.8 millones de dólares
- Patentes Otorgadas: 2,177; a residentes: 204 – a no residentes: 2,177

Países miembros del TPP con los que México tiene TLC:

### ***Chile***

- Población: 17,270,000 hab.
- Producto Bruto Nacional: \$ 248,585 millones de dólares
- Exportaciones de mercancías FOB: \$ 81,411 millones de dólares
- Importaciones de mercancías CIF: \$ 74,908 millones de dólares
- Comercio con México: Exportaciones: \$ 2,072 millones de dólares – importaciones \$ 2,101.3 millones de dólares
- Patentes otorgadas: 1020, de las cuales: a residentes: 95, a no residentes: 925

Países que negocian su ingreso al TPP con los que México tiene TLC:

### *Estados Unidos de América*

- Población: 311,592,000 hab.
- Producto Bruto Nacional: \$ 15,094,000 millones de dólares
- Exportaciones de mercancías FOB: \$ 1,480,432 millones de dólares
- Importaciones de mercancías CIF: \$ 2,265,894 millones de dólares
- Comercio con México: Exportaciones \$ 274,712.3 millones de dólares – Importaciones \$ 174,356 millones de dólares
- Patentes: 219,614, a residentes: 107,792, a no residentes: 111,822

### *Canadá*

- Población: 34,483,000 hab.
- Producto Bruto Nacional: \$ 1,736,051 millones de dólares
- Exportaciones de mercancías FOB: \$ 452,440 millones de dólares
- Importaciones de mercancías CIF: \$ 462,635 millones de dólares
- Comercio con México: Exportaciones \$ 19,673.7 millones de dólares – importaciones \$ 9,659.1 millones de dólares
- Patentes otorgadas: 19,120, a residentes: 1906, a no residentes: 17,214

### *Perú*

- Población: 29,400,000 hab.
- Producto Bruto Nacional: \$ 176,662 millones de dólares
- Exportaciones de mercancías FOB: \$ 46,268 millones de dólares
- Importaciones de mercancías CIF: \$ 38,011 millones de dólares
- Comercio con México: Exportaciones: 1,286.3 millones de dólares U\$S – importaciones 582.3 millones de dólares
- Patentes otorgadas: 365, a residentes: 4, a no residentes: 361

### *México*

- Población: 114,793,000 hab.
- Producto Bruto Nacional: \$ 1,155,316 millones de dólares
- Exportaciones de mercancías FOB: \$ 349,569 millones de dólares
- Importaciones de mercancías CIF: \$ 361,068 millones de dólares
- Patentes otorgadas: 9,399, a residentes: 229, a no residentes: 9,170

El 21 de Julio de 2012, en la Ronda de Malasia, se incorporó formalmente Japón a las negociaciones para la reformulación del TPP. Quizás la firma del TLC de Méxi-

co con Japón, que cobró vigencia en 2005, sea un ejemplo de posibles resultados positivos o negativos del TPP en lo que hace a los países con los cuales tenemos déficit importante en la balanza comercial. En efecto, en el año en que cobró vigencia el TLC el comercio total con Japón era de 14,547 millones de dólares, que se elevó al 2012 a 20,268, un incremento del 39.3%; ahora bien, el déficit de la balanza comercial era en 2005 de 11,607 millones y en 2012 llegó a 15,042 millones, un incremento del 29.6% (SECRETARÍA DE ECONOMÍA, 2013). Para quienes consideran que el incremento del comercio exterior es bueno en sí mismo, el resultado del TLC con Japón ha sido altamente exitoso; evaluado con un mayor sentido crítico, una elevación del déficit comercial muy por encima del crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB) no puede presentarse como un fenómeno exitoso. Es posible que el mismo resultado ocurra con los déficits citados con potenciales socios del TPP con los que no tenemos acuerdos comerciales. Un aspecto curioso de este tratado es que no tiene un capítulo especial sobre propiedad intelectual; sólo hace referencia al tema en un artículo sobre cooperación entre los países partes.

#### *Breve análisis sobre los posibles beneficios para la balanza comercial mexicana derivados del Tratado en debate*

Si hacemos referencia a los países que actualmente *son partes del Acuerdo Transpacífico*, el comercio de mercancías con ellos es mínimo y altamente deficitario; México les exporta 748 millones de dólares y les compra 2,593 millones; son pocas las posibilidades que tiene México de incrementar sus exportaciones negociando la disminución o eliminación de aranceles. Similar es la situación con los países que están negociando su incorporación y con los cuales México no tiene acuerdos de libre comercio; a ellos les exportamos 1,018.8 millones de dólares, pero importamos 6,593.9 millones de dólares también de ellos. Chile es el único país miembro del Acuerdo con el cuál tenemos TLC y, en este caso, el intercambio es más o menos parejo, les vendemos 2,072 millones y les compramos 2,101.3.

El peso sustancial del comercio exterior de México se sigue dando al interior del TLCAN, y si le sumamos el comercio con Perú, con quién tenemos acuerdo de libre comercio, nos resulta un dato de exportaciones por 286,672.3 millones de dólares con importaciones por 184,596 millones. Sumando a esta última cifra el comercio con Chile, y partiendo de la base de que todos los países que se encuentran negociando su incorporación al TPP lo harán, redondearíamos las siguientes cifras.

Países que pertenecen o negocian su incorporación al TPP y que no tienen TLC con México:

*Exportaciones de México:* \$ 1,767.2 m  
*Importaciones de México:* \$ 9,187.2 m  
Suma del intercambio comercial: \$ 10,964.4 m

Países que pertenecen o negocian su incorporación al TPP y que tienen TLC con México:

*Exportaciones de México* \$ 286,996.6 m  
*Importaciones de México* \$ 203,190.8 m  
Suma del intercambio comercial \$ 490,187.4 m

En lo que hace a la inversión extranjera directa, la que realizan en México los países partes y los que están negociando el Tratado, y que no tienen ya TLC que incluyan acuerdos sobre inversiones, es casi inexistente.

Por otra parte, las exportaciones que se pueden llegar a incrementar con la firma del tratado se relacionarán con las que actualmente hacemos, podemos concluir que el interés en este aspecto, al menos, es marginal. Un escenario muy optimista nos indicaría que, en una muy buena negociación, México pudiera llegar a incrementar sus exportaciones, en un futuro mediano, en un 50% y, lo más difícil, que no se incrementarían las importaciones que se originan en los mismos. En ese caso, el beneficio de la balanza comercial de México apenas superaría los 500 millones de dólares, la mitad de lo que exporta México en un día. Este comportamiento es poco probable, ya que gran parte de los productos que nos exportan los países con los que tenemos un déficit elevado son maquilas que realizan para filiales de transnacionales asentadas en México.

Lo mismo podemos decir del incremento posible del flujo de inversiones. Y estos son temas interesantes para saber si le conviene a México participar en renegociaciones de temas tan relevantes como la propiedad intelectual y las garantías de inversiones sin un provecho visible en el intercambio mercantil. Por último, podríamos atender otro argumento: que EUA y Canadá, únicos países importantes para México en materia de comercio exterior e inversiones, pudieran otorgar mayores beneficios a estos países que los otorgados a México en el TLCAN, por lo cual la participación de México en las negociaciones le permitirían al menos estar en la misma situación que los restantes países, lo cual es poco probable si consideramos el grado de eliminación de aranceles a los que se ha arribado en el TLCAN.

### III. El capítulo sobre Propiedad Intelectual en el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica actual

El Tratado vigente, sujeto ahora a adecuaciones, tiene un capítulo dedicado a la Propiedad Intelectual (el Capítulo 10), con disposiciones muy genéricas que comentaremos brevemente antes de ingresar a las propuestas de adecuación realizadas por EUA.

Las cláusulas actuales del Tratado, no alteran de manera significativa lo establecido el Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual vinculada al Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), ni lo acordado por México en los tratados de libre comercio que ha suscrito con diversos países; además, México ha adherido a los tratados sobre propiedad intelectual a los que se comprometen adherir los países partes.

Dos disposiciones, sin embargo, merecen ser destacadas. En el capítulo 10.2.2 incorpora una declaración general que debería orientar la política legislativa de los países partes y ser un criterio útil para limitar los abusos monopólicos por parte de los titulares de los derechos intangibles recibidos: “Las partes reconocen la necesidad de lograr un equilibrio entre los derechos de los titulares y los legítimos intereses de los usuarios y de la comunidad en relación con las materias protegidas”.

Otra disposición relevante es la que establece que las partes podrán disponer el agotamiento internacional de los derechos de propiedad intelectual; nuestra legislación también reconoce el agotamiento de los derechos sobre propiedad industrial en materia de marcas, pero por diferencias en la redacción del articulado y carencia de reglamentación, no se ha aplicado en materia de patentes ni ha sido aprovechado por el Estado mexicano (Pérez Miranda, Tratado de Derecho de la Propiedad Industrial, 2011).<sup>7</sup>

Del análisis presentado podemos concluir que las disposiciones del TPP sobre propiedad intelectual no afectarían el derecho sustantivo mexicano; no se debería reformar la legislación actual ni debería nuestro país adherir a tratados internacionales a los cuales no pertenece. Sin embargo, las autoridades del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) han insistido en la convenien-

<sup>7</sup> En el mismo sentido JALIFFE DAHER, Mauricio. Comentarios a la Ley de la Propiedad Industrial. Ed. Porrúa. México DF, 2009. Los efectos negativos derivados de la no aplicación del agotamiento internacional de las patentes provoca el encarecimiento de los fármacos patentados que compra el Estado (50% de los que se consumen en el país) y facilita la corrupción por la libre fijación de los precios.

cia de que México se incorpore al TPP por cuanto esto nos obligaría a incrementar los estándares de protección de la propiedad intelectual y a reprimir con mayor eficiencia la “piratería intelectual”. Es posible que las autoridades del IMPI no se refieran al texto del tratado, sino a las propuestas de modificación del capítulo de propiedad intelectual que presentaron países que participan de la negociación de las reformas, en especial EUA y Chile.

#### IV. Tendencias actuales en las negociaciones internacionales sobre propiedad intelectual

El Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual vinculada al Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) amplió sustancialmente el ámbito de las creaciones intelectuales que los países partes están obligados a proteger con derechos de propiedad intelectual, que hasta ese momento, en la mayoría de los casos, no se consideraban invenciones; veamos algunos ejemplos vinculados a temas que desarrollaremos *infra*: a) patentamiento de plantas o, en su defecto, adopción de un sistema *sui generis*; b) protección de los programas de cómputo y bases de datos; c) protección de las topografías de semiconductores; d) protección de los secretos industriales, e) protección de las señales de satélite. También se incorporaron plazos mínimos de protección hasta ese momento dejados al libre arbitrio de los países, como 20 años para las patentes, 50 años *post mortem* en derechos de autor, así como especiales garantías de observancia, como la inversión de la carga de la prueba en las patentes de proceso, no establecer diferencias entre los derechos de autor y los derechos conexos.

Pese al éxito logrado en esta negociación, los Estados Unidos de América y, en menor medida la Unión Europea, consideraron al acuerdo como una base a partir de la cual podían y pueden presionar para incorporar nuevas creaciones intelectuales susceptibles de ser protegidas por el derecho de exclusiva y lograr una mayor eficiencia en el control de sus violaciones. Un instrumento para ello han sido los tratados internacionales de libre comercio y los de protección y promoción de inversiones, incluyendo capítulos referidos a estos temas; los correspondientes a propiedad intelectual han sido denominados por la doctrina jurídica “ADPIC plus”.

La ampliación de la materia protegible, patentable, y la elevación de los estándares de protección de la propiedad intelectual producen efectos nocivos para el desarrollo de la ciencia y la tecnología; genera por otra parte incrementos de precio en los productos protegidos o elaborados por los procesos protegidos.



Cualquier modificación en la materia debe ser objeto de una científica evaluación económica y social sobre costos y beneficios.

Los efectos científicos y económicos son muy diferentes en los países que participan en las negociaciones de los TLC; los negativos, por ejemplo, comprenden en muchos casos a las sociedades de todos los países partes, como la afectación a la privacidad o los incrementos de precios de los fármacos y la obstrucción al avance de la ciencia, pero son más acentuados en las naciones con un menor desarrollo económico, y en consecuencia con mayores carencias sociales, en las cuales los precios monopólicos afectan los derechos humanos a la alimentación y a la salud. Los nuevos bienes intangibles, las nuevas creaciones intelectuales protegidas o que se pretenden proteger los generan casi exclusivamente empresas cuyas matrices residen en países industrializados, las cuales se benefician con elevación de los estándares de protección; sin que esto signifique que los beneficios de las corporaciones significa beneficios para las sociedades de los países en los que tienen sus sedes, por lo cual, como se expresó supra, recurren a la vía indirecta de los tratados para lograr las reformas.

## **V. Las propuestas de reforma del capítulo del TPP sobre Propiedad Intelectual**

La propuesta más elaborada y profunda de reforma del capítulo sobre propiedad intelectual en el TPP correspondió a EUA, no se hizo pública por parte de este país ni por los países partes, ya que están obligados a guardar confidencialidad sobre las negociaciones; si se conoce por trascendidos, los que resultan verosímiles tanto por la seriedad de las fuentes como por su coherencia con los acuerdos alcanzados por EUA en los ADPIC plus incorporados a los TLC negociados anteriormente. La propuesta se presentó en una primera versión con artículos encorchetados, incompletos, y una adenda posterior que cubre estos huecos. En la línea descrita en los párrafos anteriores, se propone un incremento de los estándares de protección reconocidos en el Acuerdo ADPIC, similar a los establecidos en el Acuerdo ACTA - a partir del rechazo de la Unión Europea se han debilitado sus posibilidades de lograr vigencia- y en los TLC negociados con Singapur, Chile y Colombia (CITIZEN, 2011). Los países que impulsan la propuesta de elevar los estándares de protección no lograron consenso en la reunión de diciembre de 2012, por lo cual el tema se continuará debatiendo en las siguientes rondas, junto a los restantes capítulos en debate. En las páginas siguientes nos limitaremos, en consecuencia, a analizar las propuestas más significativas, respecto de las cuales seguramente insistirá EUA.

### *Compromiso de los países partes de adherir a tratados internacionales*

En el capítulo sobre patentes la propuesta comienza, al igual que el texto actual, con acordar la ratificación de tratados relacionados con los derechos de propiedad intelectual; sin embargo en el texto norteamericano se incluyen dos tipos de compromisos de los países partes en relación a los tratados internacionales sobre propiedad intelectual: a) de adherir a una serie de Convenios Internacionales; de ellos, México no pertenece al Tratado de Singapur sobre Derechos de Marca (año 2006), y es parte de una versión diferente del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de nuevas Obtenciones Vegetales (UPOV) y b) de hacer los mayores esfuerzos para adherir a otros, como el Tratado sobre el Derecho de Patentes de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, año 2000) y el Arreglo de la Haya relativo al Registro Internacional de Diseños Industriales (año 1999).

Una mención especial se debe hacer al compromiso de adherir al Convenio de la Unión Internacional para la Protección de nuevas Obtenciones Vegetales (UPOV) en su versión del acta de 1991; México es parte de la UPOV, a la que se incorporó con posterioridad a que cobraran vigencia el TLCAN y el Acuerdo ADPIC (TRIP's) de la (OMC), pero adhirió al Acta de 1978 y, conforme a su contenido, dictó la Ley de Variedades Vegetales. Las diferencias entre ambas Actas son sustanciales, en tanto el Acta 1991 permite la doble protección de una planta, patentándola y registrándola como nueva variedad, el Acta 1978 obliga a optar en el proceso legislativo por uno de los sistemas. El ACTA 1991 no contempla el privilegio del agricultor (posibilidad de quién adquiere material de propagación protegido de aprovechar el producto para volver a sembrar su fundo), si bien es dable aclarar que no prohíbe que se otorgue; el Acta 1991 protege no sólo a las nuevas variedades, sino también a los descubrimientos, tema sensible para los países mega diversos como México, que sólo tienen el registro de menos de un 10% de sus variedades y especies; incorpora además la obligación de quién obtiene una variedad esencialmente derivada de otra variedad protegida, de retribuir al titular de ésta (UPOV, 1991). La doctrina ha debatido la conveniencia de los países el sistema UPOV, y en su mayoría considera que es mejor opción para los países en desarrollo el Acta de 1978. La opinión de la doctrina mexicana es casi unánime en este sentido.

### *Ampliación de la materia patentable*

Las nuevas tecnologías desarrolladas en las últimas décadas: el desarrollo de la energía nuclear, los programas de cómputo, los semiconductores, la dilu-

dación de la estructura del genoma, las investigaciones sobre organismos vivos, los transgénicos, la clonación, han generado un gran debate sobre la materia patentable; se debate la posibilidad de otorgar protección a materias que tradicionalmente no se consideraban invenciones o, considerándolas invenciones no se las consideraba patentable por violar la moral y las buenas costumbres. Se incorporó al debate, a posteriori, la posibilidad de otorgar más de una protección a una innovación tecnológica: patente y protección como variedad vegetal a las plantas y patente y derechos de autor a los programas de cómputo.<sup>8</sup>

En las discusiones descritas, destaca el tema de los organismos vivos en general y de las plantas (material de propagación) y animales, en particular. En estos puntos las presiones norteamericanas en los TLC se orienta a dos aspectos: a) tratar que los países miembros incorporen a su derecho positivo disposiciones que elevan el estándar de protección de las innovaciones tecnológicas aceptadas ya en la legislación estadounidense; b) que los países miembros, incluso EUA, incorporen a su derecho positivo disposiciones que benefician a las grandes corporaciones y que no se ha logrado incorporar por oposición de las legislaturas o de la sociedad civil (ver *supra*).

En este caso, el proyecto consiste en presentar un hecho consumado a los congresos de cada país parte: si aprueba el Tratado se deberá modificar la legislación sobre propiedad intelectual, en su defecto, no se podrán obtener los beneficios pactados en materia de comercio internacional de mercancías y servicios; lo mismo es aplicable al capítulo sobre inversión extranjera. Puede suceder, sin embargo, que el Congreso norteamericano apruebe el TPP pero no modifique la legislación pertinente; de todas maneras, será un precedente que permitirá a las corporaciones presionar una futura reforma legislativa. Es decir, los países firmantes cumplirán con lo acordado en el Tratado, mediante reforma de su legislación o directamente por la supremacía sobre la ley otorgada a los tratados en la estructura jerárquica de su derecho positivo; pero EUA no. Son múltiples los precedentes en los cuales los norteamericanos han suscrito “Acuerdos” internacionales e interpretan, a posteriori, que su clausulado sólo será obligatorio al interior del país cuando se modifiquen las leyes concernidas (Botero, 2013).

<sup>8</sup> Posibilidad reconocida en el derecho norteamericano y recientemente rechazada por la Unión Europea, expresamente en el caso de los programas de cómputo.

*Ampliación de la materia patentable: “se deberá otorgar patentes a todas las innovaciones tecnológicas. Los organismos vivos y las plantas”*

El material patentable en materia de organismos vivos ha cobrado importancia relevante con los avances significativos logrados en materia de biotecnología moderna a partir de la dilucidación de la estructura del genoma humano. Las corporaciones consideran equitativo utilizar el sistema de patentes para recuperar las ingentes inversiones realizadas en investigación y desarrollo, pero se encuentran con dificultades derivadas de los principios inherentes al sistema de propiedad intelectual, de la lógica interna del mismo que durante siglos justificaron el otorgamiento de los privilegios monopólicos, entre otros la tradicional exclusión del patentamiento de los organismos vivos. Desarrollaremos algunos temas de interés que se vinculan al debate sobre las modificaciones que se pretenden realizar en esta materia, al capítulo sobre propiedad intelectual del TPP. En términos generales: a) El patentamiento de genes, o fragmentos de genes, no modificados pero aislados; b) El patentamiento de genes modificados utilizando procedimientos de biología molecular y el patentamiento de plantas o animales a los cuales se les ha modificado uno o más gene o fragmentos de gene; d) El diagnóstico de enfermedades o posibles enfermedades utilizando genes o fragmentos de genes aislados.

*El patentamiento de genes, o fragmentos de genes, no modificados pero aislados*

En un breve comentario sobre las divergencias en la doctrina y el derecho positivo, comenzamos con el régimen de la Patente Europea, que acaba de cobrar vigencia, por una parte y su relación con la directiva sobre protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas por otra:

“Artículo 3. 1. A efectos de la presente Directiva, serán patentables las invenciones nuevas que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. 2. La materia biológica aislada de su entorno natural o producida por medio de un procedimiento técnico podrá ser objeto de una invención, aun cuando ya exista anteriormente en estado natural”. (EUROPA, 1998)

Es decir, un gene o fragmento de gene aislado de su entorno natural se considera una invención patentable, en tanto reúna todos los requisitos que exige la ley: novedad, nivel inventivo y aplicación industrial (Hübel, 2013).

El derecho positivo norteamericano, por el contrario, no ha sido modificado y en razón de ello, la patentabilidad o no de los genes o fragmentos de genes no modificados depende de la interpretación jurisprudencial. Luego de un largo proceso judicial con un fallo de primera instancia que negaba el patentamiento, una resolución en segunda instancia que si lo otorgaba, la Suprema Corte de EUA ha considerado, en una sentencia relevante, que un segmento de ADN de origen natural es un producto de la naturaleza y no puede optar por una patente simplemente porque haya sido aislado (AMP, 2013).

En razón de ello y en tanto no se modifique la legislación sobre propiedad industrial en EUA, la ampliación de la materia patentable no puede incluir en ese país el patentamiento de fragmentos de ADN que no han sido modificados, por el mero hecho de haber logrado su aislamiento y haber logrado averiguar su función o los efectos de una mutación del mismo. Una consecuencia lógica es que los negociadores norteamericanos no pueden aspirar a que los otros países partes incorporen a su derecho positivo disposiciones que ellos no podrán incorporar.

### *El patentamiento de genes modificados utilizando procedimientos de biología molecular*

Como se vio en 5.2.1.1 la Directiva Europea hace una distinción entre material biológico aislado de su entorno natural y los elaborados mediante procedimientos biológicos; y declara que en ambos casos se trata de materia patentable, en tanto reúnan los requisitos exigidos a todas las invenciones: que sean nuevas, que tengan nivel inventivo y que sean susceptibles de aplicación industrial. En la sentencia "ASSOCIATION FOR MOLECULAR PATHOLOGY ET AL. v. MYRIAD GENETICS, INC., ET AL" a que hemos hecho referencia, la Suprema Corte de Estados Unidos de América realiza una interpretación similar y si bien declara que el mero aislamiento de un fragmento de gene no es patentable; aclara que, por el contrario, la creación sintética de cADN, que contiene sólo los exones que se producen en el ADN, es susceptible de ser considerada una invención patentable.

Es decir, tanto en el derecho positivo europeo como en la jurisprudencia norteamericana, la creación sintética de cADN, así como los organismos vivos modificados genéticamente, son considerados invenciones que, si reúnen los requisitos exigidos por la ley, serían patentables.

*El patentamiento de plantas o animales a los cuales se les ha modificado uno o más genes o fragmentos de genes*

A partir de las aclaraciones precedentes sobre la patentabilidad de los genes o fragmentos de genes, podemos avanzar sobre la protección de las plantas y animales que contienen un organismo vivo modificado patentado.

La Convención sobre Patentes europeas expresa en su art. 3, frac.2:

“Art. 53. Excepciones a la patentabilidad. No se concederán las patentes europeas para: b) Las variedades vegetales o las razas animales, así como los procesos esencialmente biológicos de vegetales o animales, no aplicándose esta disposición a los procedimientos microbiológicos”

Y en lo referente al tema que nos ocupa dice la Directiva de la Unión Europea sobre invenciones biotecnológicas:

Art. 4. 1. No serán patentables: a) Las variedades vegetales y las razas animales, b) los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o animales. 2. Serán patentables las invenciones que tengan por objeto vegetales o animales si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal o a una raza animal determinada. 3. Lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 no afectará a la patentabilidad de invenciones cuyo objeto sea un procedimiento microbiológico o cualquier otro procedimiento técnico o un producto obtenido a través de dichos procedimientos.

Estas prohibiciones son relativizadas, permitiendo en principio el patentamiento de organismos vivos transgénicos, en los artículos:

8) “los alcances de la protección conferida a los procedimientos que permitan producir una materia biológica que, por el hecho de la invención, posea propiedades determinadas se extenderá a la materia biológica directamente obtenida por ese procedimiento”;

9) “la protección conferida por una patente a un producto que contenga información genética se extenderá a toda materia a la que se incorpore el producto y en la que se contenga y ejerza su función la información genética.”

Esta última exigencia “en la que se contenga y ejerza su función la información genética” marca una clara distinción entre una composición química tradicional

y el ADN; así lo consideró la Corte Europea en el denominado “Caso Monsanto”. Monsanto patentó en Holanda una frecuencia de ADN la cual se expresa en semilla de soya, patente que no registraron en Argentina; productores argentinos exportaron harina de soya que se originaba en semillas genéticamente modificadas de las patentadas en Holanda por Monsanto, la cual otorga a la planta resistencia al herbicida *Round up*. Monsanto probó que la harina exportada tenía el ADN patentado, embargó un cargamento de soya y demandó al importador, Cefetra BV por infringir la patente.

La Corte Europea resolvió que aunque reconocía el carácter “absoluto” de la patente otorgada a Monsanto por la secuencia genética, esta no se podía “expresar” en la harina de soya; es decir, la actora demandaba una protección que iba más allá de los fines para los cuales la misma se había otorgado (Hüttermann, 2013).<sup>9</sup>

Argentina, por su parte, en una redacción contradictoria, al menos en una primera lectura, autoriza el patentamiento de organismos vivos modificados, en tanto dice:

Artículo 6 - No se considerará materia patentable a las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para su reproducción. ARTICULO 7 - No son patentables: b) La totalidad del material biológico y genético existente en la naturaleza o su réplica, en los procesos biológicos implícitos en la reproducción animal, vegetal y humana, incluidos los procesos genéticos relativos al material capaz de conducir su propia duplicación en condiciones normales y libres tal como ocurre en la naturaleza.

Las autoridades de registro realizaron una interpretación que permite hacer efectiva la prohibición del patentamiento de plantas:

DIRECTRICES DEL INSTITUTO NACIONAL DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DE ARGENTINA. 2.1.7.9. Por ejemplo, se excluirán de la patentabilidad a las plantas y a los animales que contienen genes introducidos a través de la tecnología del ADN recombinante.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Una presentación del caso se puede ver en Remiche, Bernard. Universidad Católica de Lovaina-Bélgica. “¿La agricultura en el siglo XXI dominada por la propiedad intelectual?”, ponencia presentada en el “Congreso Nacional e Internacional de Biotecnología, Propiedad Intelectual y Biotecnología”, 23 a 25 de octubre de 2012. Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Argentina; memorias en prensa.

<sup>10</sup> Ley de patentes de invención y modelos de utilidad. Ley 24,481 modificada por la Ley 24,572 Texto Ordenado Boletín Oficial 22/3/1996 modificado por la Ley 25,859.

México no permite, tampoco, el patentamiento de razas animales ni variedades vegetales, y no establece excepciones respecto a procedimientos y organismos vivos.

Artículo 16.- Serán patentables las invenciones que sean nuevas, resultado de una actividad inventiva y susceptibles de aplicación industrial, en los términos de esta Ley, excepto: I.- Los procesos esencialmente biológicos para la producción, reproducción y propagación de plantas y animales; II.- El material biológico y genético tal como se encuentran en la naturaleza; III.- Las razas animales; IV.- El cuerpo humano y las partes vivas que lo componen, y V.- Las variedades vegetales. (Diario Oficial, 1994).

Si se considera acertado el razonamiento de la Suprema Corte de EUA, como en general lo estima la doctrina especializada, se debería excluir el patentamiento de genes aislados sin modificar por ser “material biológico tal como se encuentra en la naturaleza, lo cual no sucede en la actualidad.

Ahora bien, EUA otorga patentes a plantas que no se reproducen sexualmente, brinda protección bajo el sistema de obtenciones de variedades vegetales (UPOV 91) y permite la doble protección. Interpretaciones jurisprudenciales no homogéneas otorgaron patentes, en una primera etapa a especies de plantas, para negarlas a posteriori.

La propuesta norteamericana pretende zanjar estas divergencias legislativas y los debates doctrinarios, incorporando el compromiso expreso de los países partes de otorgar patentes en todos los campos de la tecnología, para luego precisar que, en cumplimiento de esta disposición, se deberán otorgar patentes sobre plantas y animales; es claro que esta propuesta se vincula directamente con la obligación de los países partes citada *supra* de incorporarse a UPOV 91. Si bien para EUA este es un tema recurrente, no lo había exigido de manera tan clara en otros TLC.

En el Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos de América con Colombia, se incluyó el compromiso de las partes de hacer un esfuerzo para otorgar patente a las plantas (art. 16.9.2) en cumplimiento de lo establecido en la parte general que decía que se otorgarían patentes en todas las ramas de la tecnología (art. 16.9.1).

La combinación de estas dos propuestas, la adhesión a UPOV Acta 1991 y la inclusión del patentamiento de plantas y animales, es una demanda de las empresas comercializadoras de plantas (semillas) y animales transgénicos. También en este punto México debería modificar su Ley de Propiedad Industrial que prohíbe expresamente que se otorguen patentes a plantas y animales.



*Ampliación de la materia patentable 2: se deberá otorgar patentes a todas las innovaciones tecnológicas. Propuesta de reforma en materia de fármacos y diagnósticos médicos*

La propuesta en análisis aclara, en su proyecto de ampliar el campo de lo patentable, que podrán obtenerse patentes sobre nuevas formas, usos o métodos de uso de un producto ya conocido; y que se considerará que estos cumplen con los criterios de patentabilidad, aun cuando dicha invención no resulte en la mejora de la eficacia conocida de ese producto. Estas modificaciones que se realizan a inventos patentados, que no tienen entidad para ser consideradas invenciones y que, como expresa la propuesta, puede que no generen ninguna utilidad o beneficio respecto al invento anterior, son realizadas especialmente por las corporaciones farmacéuticas y las químicas agrícolas; de aprobarse la propuesta se cumplirían sus deseos de obtener patentes perpetuas. En efecto, no resulta difícil a las grandes corporaciones cambiar formas, usos o métodos de uso de un producto, lo cual impediría que el invento no pase a ser de dominio público.

Es dable aclarar que, en cierta medida, el art. 47 bis del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial de México, declarado constitucional en un fallo absurdo de la Suprema Corte, recoge esta idea.

*Las patentes eternas*

En el mismo tema de los fármacos y de los agroquímicos, los países partes se comprometerían a otorgar prórrogas al plazo por el cual se otorgan las patentes de estos productos cuando hubiera retrasos irrazonables para otorgarlas; se considera retraso irrazonable cuando transcurren más de cuatro años desde la fecha en que se presentó la solicitud y la fecha en que se otorga la patente o más de dos años entre que se solicitó el examen de fondo y se otorgó la patente, el que venza antes. Es este un reclamo frecuente de EUA, es así que en el TLC celebrado con Colombia se estableció una cláusula similar (art. 16.6.a), pero el plazo para considerar la demora como irrazonable es mayor: cinco años desde la presentación de la solicitud o tres años desde que se solicitó el examen de fondo.

En la misma sección se requiere que los países partes se comprometan también a prorrogar el plazo de la patente cuando hubiera demoras irrazonables en autorizar la comercialización del producto patentado; igual disposición se incluye en el tratado EUA/Colombia citado (art. 16.6.b). Esta vinculación del plazo del derecho de exclusiva con la autorización de comercialización del pro-

ducto patentado carece de fundamento. Exigencias de este tipo, que no se relacionan con el derecho de propiedad intelectual pero que se establecen como obligatorias para la legislación interna de los países que celebran estos tratados, tienen por objetivo demorar el ingreso de los fármacos genéricos, que compitan con los ex titulares de las patentes, en el mercado. Es una disposición similar a la referida a la injustificada protección de datos de prueba.

La convención que crea la patente europea prevé la posibilidad de que los países miembros prorroguen la duración de una patente, conforme a su derecho interno, en aquellos casos en que los productos patentados requieren de autorización posterior al otorgamiento de la patente, para que se puedan comercializar (art. 63, fracción 2). Ahora bien, no establece la prórroga como obligatoria, no prevé que haya prórrogas más allá de los 20 años establecidos para el caso de que hubiera demora irrazonable para conceder la patente una vez presentada la solicitud.

La legislación norteamericana no prevé las prórrogas que propone EUA, ni el sistema de prórrogas descrito inserto en el TLC con Colombia. Es este un ejemplo de lo expuesto precedentemente sobre las negociaciones que realiza EUA; pese a que está ya vigente este Tratado, no se ha modificado la legislación norteamericana en este sentido ni se la pretende modificar, al menos en el corto plazo.

### *Los métodos de diagnóstico*

Estrechamente vinculados al derecho de patentar organismos vivos y partes del cuerpo humano está la protección de los métodos de diagnósticos, tradicionalmente prohibido en los sistemas de propiedad intelectual del derecho romano germánico. Así lo dispone el convenio de patentes europeas que acaba de cobrar vigencia para la Unión Europea (con las excepciones de España e Italia):

Artículo 53. Excepciones a la patentabilidad: no se concederán las patentes europeas para: c) los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal y los métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal, no aplicándose esta disposición a los productos, en particular las sustancias o composiciones, para la aplicación de uno de estos métodos.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973 (versión consolidada tras la entrada en vigor del Acta de revisión de 29 de noviembre de 2000).

Adoptando una técnica legislativa diferente, el derecho positivo mexicano tampoco acepta que se otorguen estas patentes, y considera que no son invenciones:

Art. 19. No se considerarán invenciones: VII. Los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicable al cuerpo humano y los relativos a animales.

Los EUA proponen que se incorpore al articulado del TPP una disposición antónima a las citadas precedentemente, que diría que:

2. Cada Parte otorgará patentes para las invenciones siguientes:  
(b) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de seres humanos o animales.

El Tribunal Supremo de EUA resolvió en el caso “Mayo”, por ejemplo, que la simple reacción del organismo ante un medicamento (análisis de los efectos y reacciones del organismo ante la asignación de dosis diferentes hasta lograr el resultado deseado), presentada como reivindicación para una patente de proceso, no es materia patentable (Pérez Miranda, Tratado de Derecho de la Propiedad Industrial, 2011).<sup>12</sup> En la misma línea resolvió el Circuito Federal (EUA) el debate acerca de la patentabilidad del método para analizar y comparar secuencias de ADN (causa Myriad).

Por otra parte, consideró materia patentable las moléculas aisladas de ADN (los genes BRCA1 y BCRA2) por cuanto estas moléculas no se hallan aisladas en la naturaleza (resolución que fue revocada por la Suprema Corte de EUA, cuando se apeló este fallo, *ver supra*) y también consideró patentable “las reivindicaciones de posibles terapias contra el cáncer que conllevan el cultivo de una célula huésped transformada” (Cheng, 2012).

### *Derechos de Autor. Medidas que se deberán adoptar en el entorno digital*

1.- Las propuestas de ampliación de los plazos de protección a los autores (70 años pos mortem), si bien no razonables, no afectarían en principio a la legislación mexicana, si a la canadiense y a la japonesa que se limitan a 50 años;

<sup>12</sup> Mayo Collaborative Services, Dba Mayo Medical Laboratories, Et Al. V. Prometheus Laboratories, Inc. Ver Cheng, Susie S. Los tribunales estadounidenses lidian con la idoneidad de la materia patentable. Revista de la OMPI; n° 6 año 2012. Ginebra.

sin embargo, las modificaciones no serían obstáculos para esos países, Japón ya tiene un proyecto para ampliar el plazo a estos 70 años. Si existe en la propuesta norteamericana un sistema para los casos en que no se considera la muerte del autor como término a partir del cual se considera la vigencia del derecho: 95 años de su publicación o ejecución autorizada o 120 años a partir de su ejecución o publicación si no hubiera habido publicación o ejecución autorizada durante los primeros 25 años de su creación.

- 2.- La disposición que provocó mayor reacción de oposición al Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA) fue la inserta en el art. 27 fracción 4, referido a la facultad de las autoridades de exigir a un proveedor de servicios en línea que entregue, al titular de los derechos de propiedad intelectual que hubiera presentado una queja, la información necesaria para identificar a un suscriptor cuya cuenta fue utilizada para cometer una infracción violatoria de derechos de autor, derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio (*nombre comercial*), en tanto quién hizo el reclamo haya presentado fundamentos suficientes sobre los hechos denunciados. En la propuesta norteamericana se inserta un compromiso similar, si bien en lugar de decir que *“una parte podrá establecer, conforme a sus leyes y reglamentos”*, dice de manera más clara y contundente que *cada parte establecerá* un procedimiento administrativo o judicial que permita a los propietarios de derechos de autor que han dado notificación efectiva de un reclamo por infracción, obtener rápidamente, de un proveedor de servicios, la información que posea que permita identificar al presunto infractor (art. 16 . 3 . VI. B C).
- 3.- Un subtema que puede surgir en los debates es la tendencia norteamericana y europea de otorgar doble protección, como derechos de autor y como patentes, a los programas de cómputo; si bien en un principio se establecían exigencias restrictivas para otorgar patentes, estas se fueron flexibilizando como lo demuestra que en 2006 la Oficina Europea de Patentes (OEP) y la Oficina de Patentes y Marcas de los EUA (USPTO) otorgaron 8,981 y 41,144 patentes a programas de cómputo, respectivamente (OMPI, 2008).

## VII. Algunas conclusiones

- Las negociaciones secretas del TPP no permiten hacer un análisis profundo sobre las ventajas y desventajas que ofrece, pero no es arriesgado afirmar que

su capitulado esencial, o el que debería ser su capitulado esencial, el referido a las concertaciones de desgravaciones arancelarias, no pareciera ser de mayor interés para nuestro país, en la medida en que es muy menor el intercambio mercantil con los países con los que no tenemos ya tratados de libre comercio.

- Los Estados Unidos de América han propuesto que se incluya un capítulo especial sobre protección de la inversión extranjera y que se modifique sustancialmente el capítulo sobre propiedad intelectual, elevando los estándares de protección y de observancia más allá de lo concertado en otros tratados de libre comercio en los capitulados denominados “ADPIC plus”. La aceptación de estas propuestas, con la posibilidad de ciertas adecuaciones menores, es una condición de los negociadores norteamericanos.
- El impacto negativo que tiene la política de propiedad intelectual sobre los derechos humanos a la alimentación, a la salud, a la educación y de acceso a la cultura, así como la relación directa de la misma con la investigación científica y tecnológica obliga a que el Estado mexicano deje de considerarla una pieza más de las negociaciones mercantiles.
- Es necesario que se incluya en la administración del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial a representantes de las universidades, de las academias de ciencia y de organismos sociales que permitan reorientar las políticas públicas en la materia, sea en la Junta de Gobierno o en una Comisión Asesora similar a la de CONACYT, con facultades detalladamente asignadas.
- La sociedad mexicana debe ser debidamente informada de lo que se está debatiendo en las rondas del TPP, que se pretende aprobar en el transcurso de este año 2013 y, de ser su contenido el que ha trascendido, el Senado deberá rechazarlo cuando se le presente para su aprobación.

## VII. Bibliografía

AMP. (15 de abril de 2013). Recuperado el 13 de junio de 2013, de MYRIAD GENETICS, INC., ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT APPEALS FOR THE FEDERAL CIRCUIT NO. 12-398: <http://www.amp.org/>

- Botero, C. (2013). El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP). *Foreign Affairs*, 32.
- CEPAL. (2012). Obtenido de Unidad de Información Pública y Servicios: <http://www.eclac.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/prensa/noticias/paginas/4/36884/P36884.xml&xsl=/prensa/tpl/p18f-st.xsl&base=/prensa/tpl/top-bottom.xsl>
- Cheng, S. S. (2012). Los tribunales estadounidenses lidian con la idoneidad de la materia patentable. *Revista de la OMPI*.
- CITIZEN. (SEPTIEMBRE de 2011). Obtenido de This Document Contains TPP CONFIDENTIAL INFORMATION: <http://www.citizen.org/documents/NZleakedIPpaper-1.pdf>
- Diario Oficial, d. l. (1994). *Ley de Propiedad Industrial*. México: Diario Oficial de la Federación.
- EUROPA. (6 de julio de 1998). Obtenido de Diario Oficial de las Comunidades Europeas: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:213:0013:0021:ES:PDF>
- Guerra, M. (2013). México en el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica. *Foreign Affairs Latinoamérica*, 28-29.
- Hübel, A. (2013). *General Issues of Biotech Patents*. Springer, Great Britain: Springer.
- Hüttermann, A. (2013). The limits of patentability: Genes and Nucleic Acids. En A. Hubel, *Limits of Patentability. Plant Sciences, Stem Cells and Nucleic Acids*. Great Britain: Springer.
- OMPI. (Diciembre de 2008). PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOFTWARE. *REVISTA DE LA OMPI*.
- Pérez Miranda, R. (2011). *Regimen Internacional y Nacional de la Inversión Extranjera*. México: Porrúa.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho de la Propiedad Industrial*. Mexico D.F: Porrúa.
- REFORMA. (22 de febrero de 2013). Obtenido de REFORMA: [www.reforma.com](http://www.reforma.com)
- SECRETARIA DE ECONOMÍA. (2013).
- UNCTAD. (2013). Obtenido de United Nations Conference on Trade and Development.
- UIPOV. (1991). Obtenido de ACTA 1991: <http://www.upov.int/upovlex/es/conventions/1991/act1991.html>
- WORLD TRADE ORGANIZATION. (2013). Obtenido de Estadísticas: [http://www.wto.org/english/res\\_e/statis\\_e/short\\_term\\_stats\\_e.htm](http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/short_term_stats_e.htm)