

POR UN TRATADO SEPARADO SOBRE PROPIEDAD INTELLECTUAL, CIENCIA Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA*

SANTIAGO ROCA y BENJAMÍN MARTICORENA

RESUMEN

El presente artículo está referido a la conveniencia o no de incorporar en el acuerdo de promoción comercial con los Estados Unidos un capítulo referido a los compromisos sobre propiedad intelectual. Sobre la base de seis argumentos, los autores sostienen que el tema de propiedad intelectual debe negociarse de manera independiente en un tratado específico sobre la materia, que esté además vinculado con temas como el desarrollo de la ciencia y la tecnología y su transferencia, así como con mecanismos de cooperación para compartir el crecimiento.

Las negociaciones para la suscripción del acuerdo de promoción comercial con los Estados Unidos han puesto en actualidad la discusión sobre la conveniencia o no de incorporar en dicho acuerdo comercial un capítulo referido a compromisos sobre propiedad intelectual.

Los firmantes de esta declaración sugerimos al Gobierno Central y al equipo negociador peruano asumir la posición de excluir del tratado comercial el capítulo referido a la propiedad intelectual. Consideramos que este tema debe negociarse de manera independiente en un tratado específico sobre la materia.

* Documento confidencial preparado en diciembre de 2004 por los entonces presidentes del INDECOPI y del CONCYTEC, Santiago Roca y Benjamín Marticorena, respectivamente, y enviado al Presidente de la República, doctor Alejandro Toledo, el 7 de enero de 2005, con copias a: Primer Ministro, Ministro de Comercio Exterior y Turismo, Ministro de la Producción, Ministro de Economía y Finanzas y Ministro de Relaciones Exteriores.

Las razones que sustentan la invocación son las siguientes:

1. Los tratados de libre comercio son por su propia naturaleza acuerdos destinados a facilitar que los exportadores de los países contratantes tengan acceso irrestricto a sus respectivos mercados. Se trata de generar mecanismos para que los productores de cada uno de los países contratantes puedan acceder al mercado de sus contrapartes, con reducción de aranceles, eliminación de barreras paraarancelarias u obstáculos técnicos y procesos de simplificación aduaneros.

La protección de la propiedad intelectual, de otro lado, es una obligación de los Estados para garantizar la innovación e inventiva en sus respectivos países, con la finalidad de lograr el desarrollo de la ciencia, la tecnología y la cultura, y su incorporación última en la producción de bienes y servicios. Es una acción del Estado en tutela de la actividad creativa destinada a favorecer la generación de valor y riqueza en su territorio.

Al ser entonces la propiedad intelectual y el comercio actividades de naturaleza diferentes, no hay una verdadera necesidad de incluir el tema de propiedad intelectual en los tratados de comercio.

La inclusión del tema de la propiedad intelectual en la negociación de los tratados bilaterales de comercio, obedece en muchos casos a una estrategia de los países con sistemas de propiedad intelectual más desarrollados para lograr mayores beneficios y estándares de protección que los aceptados por los convenios multilaterales o regionales, tales como el ADPIC y el régimen de la Comunidad Andina. Ofrecen a cambio la apertura y acceso de los países menos desarrollados a sus mercados. En la práctica, como las probabilidades de generar riqueza y valor son mayores en el área de propiedad intelectual que en el de ampliación del comercio, los países avanzados en propiedad intelectual terminan beneficiándose en demasía, acrecentándose las diferencias con los países menos desarrollados.

Aun si a las autoridades de cada parte no les importara mezclar en el mismo tratado dos tópicos de naturaleza tan distinta, como son el comercio y la propiedad intelectual, no existe en las actuales negociaciones propuesta justificatoria que presente para cada área en forma separada, las razones de interés general y de beneficio común que soporten su incorporación.

2. La inclusión de temas de propiedad intelectual en una negociación internacional bilateral, como es el caso de la negociación que el Perú

lleva adelante con los Estados Unidos, requiere que el país haya definido y consensado de manera previa los intereses nacionales sobre la materia, así como haber entendido las posibles consecuencias relevantes derivadas de los compromisos que pudieran asumirse en la negociación.

Este proceso de toma de posición y definición de los intereses nacionales que podrían verse afectados en materia de propiedad intelectual no ha sido desarrollado aún, por lo que los negociadores peruanos carecen de este imprescindible instrumento. Conscientes de esta elemental carencia, la administración del INDECOPI con la participación del CONCYTEC y otros expertos nacionales, viene elaborando un documento que pretende dar luces al respecto pero que todavía no ha sido terminado. Éste requiere de un plazo razonable para ser culminado y consensado mediante mecanismos de discusión pública.

3. La propiedad intelectual es un insumo imprescindible para el crecimiento económico de los países. La historia de la humanidad demuestra que es la innovación tecnológica el instrumento dinamizador del crecimiento económico y, por lo tanto, la generadora del bienestar de la sociedad en su conjunto. Igual ocurre con las creaciones vinculadas al arte.

En el estudio comparativo del crecimiento económico de los países se puede observar con claridad la existencia de países poseedores de tecnología avanzada, lo que les permite incorporar trabajo menos intenso en tiempo y esfuerzo, para generar productos de muy alto valor en el mercado internacional. Por otro lado, existen países de escaso desarrollo tecnológico que se ven constreñidos a mantener como costo de producción un trabajo intenso en tiempo y esfuerzo para la producción de bienes de muy reducido valor de transacción en el mercado internacional. Este contraste define las diferencias en los niveles de desarrollo y bienestar de la población de los distintos países.

En el caso específico de la negociación del acuerdo de promoción comercial con los Estados Unidos es indispensable tener en consideración que los países que negocian tienen desarrollos muy diferentes en materia de creación intelectual y que sus intereses en la negociación están relacionados con dicha realidad específica. En ese contexto, es interés del Perú lograr tratamientos preferenciales, promocionales e incluso plazos de adecuación gradual a la aplicación de los marcos legales internacionales, de forma que garanticen una verdadera igualdad de oportunidades para ambos países en esta materia.

4. Los intereses en materia de propiedad intelectual, puestos de manifiesto por los planteamientos de los Estados Unidos a lo largo de la negociación vuelven indispensable que el Perú defina posiciones en las tres áreas que la constituyen: patentes, marcas y derechos de autor.

A manera de ejemplo, se mencionan aspectos sobre esas materias que han generado naturales expectativas en el país, respecto de las cuales no existe todavía una posición claramente definida:

- Patentes de Invención

Los Estados Unidos exigen una “compensación” por el tiempo que las oficinas nacionales demoran en pronunciarse sobre la patentabilidad de una creación. En los hechos dicha “compensación” significa extender el plazo de protección de una patente más allá de los 20 años que los tratados internacionales reconocen sobre la materia.

Los firmantes de esta declaración consideran que establecer cualquier plazo adicional bajo el argumento de esta única “compensación” es desconocer la desigualdad de crecimiento tecnológico en la que se encuentran los países negociadores y un exceso de protección a la inventiva extranjera, así como el desconocimiento de las demoras que en esta materia incurren las oficinas de países desarrollados, a los que no se les ha exigido tal “compensación”.

Los Estados Unidos exigen la posibilidad de establecer las denominadas “patentes de segundo uso” que son una protección especial a segundas aplicaciones de invenciones que ya gozan de una patente. En los hechos esto determina una doble protección a la creación intelectual extranjera, en perjuicio de su utilización por las nacionales.

Asimismo, es exigencia de los Estados Unidos la ampliación del concepto de lo patentable, para permitir la inclusión de animales y plantas genéticamente transformados, así como de procedimientos terapéuticos, quirúrgicos y/o métodos de diagnóstico. Esta pretensión podría significar una seria afectación a los intereses nacionales porque permitiría otorgar derechos de exclusiva sobre animales y productos nativos del Perú sometidos a la biotecnología, restringiendo el acceso de la población nacional a recursos propios, particularmente en el campo de la salud.

Otro aspecto de mucha importancia se refiere a la exigencia de los Estados Unidos para proteger de manera distinta e independiente del sistema de patentes, a los datos de prueba o información no divulgada, lo cual podría restringir el acceso a información usada en la producción de genéricos y otros productos de las ramas farmacéutica y agroquímica de mucha importancia para el Perú.

- Derecho de Marcas

Los Estados Unidos, país poseedor de la mayor cantidad de marcas de productos en el mundo, exige que el Perú se adhiera a tratados destinados a proteger internacionalmente las marcas otorgadas. Lo que se persigue con esta pretensión es establecer mecanismos para que el otorgamiento de una marca en cualquiera de los países firmantes del acuerdo internacional sea extensivo simultáneamente en todos los países adherentes. Uno de esos acuerdos es el denominado Protocolo de Madrid.

El Perú no ha realizado aún un análisis suficientemente profundo de las implicancias constitucionales de esta exigencia, más aún cuando dicho convenio internacional contempla una expresa cesión de soberanía de los países adherentes que es contraria a la Constitución Política del Perú y que no podría ser convalidada sin un complejo proceso de reforma constitucional.

Asimismo, tampoco se ha evaluado que un mecanismo como el contemplado en dicho tratado significaría una ventaja para los países que tienen gran producción de marcas, la restricción de la potestad y competencia de la autoridad nacional en el registro de las mismas, y un perjuicio para el erario nacional que dejaría de percibir algunos recursos. Más importante aún es el impacto negativo que se podría generar sobre la producción y el empleo nacional fruto de la penetración y proliferación de una gran cantidad de marcas extranjeras.

En el ámbito de marcas se encuentra, más bien postergado, el interés peruano de lograr un reconocimiento de su legislación en materia de denominaciones de origen y la obligatoriedad del registro de los contratos de licenciamiento de las marcas. Estos tópicos son los que debieran demandar mayores esfuerzos para efectos de reconocimientos mutuos en la tratativa sobre la propiedad intelectual.

- Derechos de Autor

La protección de la propiedad intelectual que consiste en la creación de formas de expresión como, por ejemplo, los lenguajes para ordenadores informáticos o derechos derivados de la música o el cine, o las licencias para el uso de personajes del mundo infantil, enfrenta un grave problema para el interés de los Estados Unidos. De acuerdo con los tratados internacionales de protección sobre estas materias, dichos plazos terminarán en algún momento y extinguirán los indicados derechos de exclusiva, trasladando las obras al uso libre y público. En la práctica esto significa la desaparición de los monopolios comerciales sobre estos derechos.

El Perú no debe aceptar la extensión de dichos plazos más allá de los estándares internacionales. Por el contrario, dichos plazos debieran tener tratamientos de excepción a efectos de considerar los distintos niveles de desarrollo de las partes en negociación.

Asimismo, urge que en la negociación se contemplen mecanismos de acción recíproca por parte de las autoridades norteamericanas, cuando la acción de la piratería se vuelca sobre creación de artistas peruanos o folklore nacional en el territorio estadounidense.

5. Un aspecto de primera importancia que no ha sido adecuadamente ponderado en la negociación es el hecho excepcional de que el Perú es poseedor de una riqueza biológica y cultural de gran diversidad y magnitud, la misma que podría ser utilizada como un activo a los efectos de la negociación. Es importante valorar la biodiversidad como un insumo que genera valor en función de los productos que se puedan desarrollar utilizando la información genética que contienen esos recursos y los conocimientos desarrollados por los pueblos indígenas en el uso de los mismos. El Perú debiera lograr que los Estados Unidos reconozca la participación justa y equitativa de los beneficios que se derivan de la utilización de estos recursos nacionales y se proteja a las comunidades como titulares de estos derechos de propiedad intelectual.

Es igualmente importante que el Perú defina en una propuesta razonada y consensuada, cuáles serían los mecanismos a utilizar para los efectos de lograr la mencionada protección de la riqueza biológica y cultural, pues hasta la fecha no existe documento oficial que fije una posición al respecto.

6. La decidida opción por la participación del país en el mercado global no debiera llevarnos a descuidar aspectos esenciales para generar desarrollo sostenible en el largo plazo, ni la renuncia a ser tratado con equidad, mediante un trato especial y diferenciado dada nuestra condición de país en desarrollo, particularmente, cuando lo que se negocia es la protección de la creación intelectual nacional.

Por todas estas razones, es más conveniente para el Perú negociar un convenio o tratado *propio* en propiedad intelectual, que esté además vinculado con temas como el desarrollo de la ciencia y la tecnología y su transferencia, así como con mecanismos de cooperación para compartir el crecimiento. Este tratado debería esperar unos meses hasta que los peruanos hayamos evaluado y consensuado mejor nuestra posición e intereses y analizado mejor su posible impacto.

En las actuales condiciones no es necesario, ni indispensable, ni conveniente incorporar un capítulo de propiedad intelectual en el tratado de libre comercio con los Estados Unidos de Norteamérica.