



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Graduados

**ADPIC Y ADPIC PLUS: EN UN ANÁLISIS INTEGRAL
DEL DERECHO INTERNACIONAL.**

Derechos de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos.

Tesis presentada para optar al título de Magíster en Derecho con
Mención en Derecho Internacional.

Autora: ABOG. NADIAFNA E. RODRÍGUEZ PEROZO.

Tutor: DR. CLAUDIO NASH ROJAS.

Santiago, Chile.

2008.

A Edicto, Sebastián y Ernesto.

Agradecimientos

A los profesores Dr. Claudio Nash Rojas y Dra. Maricruz Gómez de lo Torre.

A María Alejandra Fuenmayor y Mario Sepúlveda Núñez.

**ADPIC Y ADPIC PLUS: EN UN ANÁLISIS INTEGRAL
DEL DERECHO INTERNACIONAL.
Derechos de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos.**

	Pág.
CUADRO DE ABREVIACIONES.....	7
RESUMEN.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO I. Generalidades.	
1. Planteamiento del Problema.....	14
2. Hipótesis.....	17
3. Justificación.....	18
4. Objetivos.....	19
5. Metodología.....	20
CAPITULO II. Marco Teórico	
SECCIÓN PRIMERA. Del ADPIC.	
I. EL ADPIC, qué es, de dónde surge y el contexto de su creación.	
1. El Acuerdo multilateral (ADPIC).....	23
2. Contenido del ADPIC.....	23
3. Qué no contiene el ADPIC. Materias excluidas.....	24
4. Objetivos y Principios del ADPIC.....	25
5. Antecedentes ADPIC.....	27
6. El papel de la OMPI y el cambio de foro.....	30
7. La OMC como foro comercial multilateral.....	33
8. Principio del “ <i>single undertaking</i> ” y su significado en la OMC.....	34
9. Consecuencias del ADPIC: Cambio de paradigma.....	35
10. Caracterización de las Reformas Legislativas después del ADPIC.....	37
II. Estándares internacionales que se fijan a partir de los ADPIC.	
1. Nuevos estándares internacionales que se fijan a partir de los ADPIC.....	38
2. ¿Qué implican esos cambios en materia de patentes?.....	40
3. ¿Qué implican esos cambios para los productos farmacéuticos?.....	46
4. Los nuevos estándares en materia de derechos de autor.....	50
III. Obligaciones de los Estados en relación a los ADPIC	
1. Obligaciones de los Estados con la ratificación de los ADPIC...	51
a. Obligaciones en relación a patentes.....	52
b. Obligaciones para las marcas.....	53
c. Obligaciones en relación a los derechos de autor.....	53
2. ¿Cómo se entienden esas obligaciones en el ámbito internacional?.....	54
3. Consecuencias que acarrea el incumplimiento de esas	

obligaciones.....	54
1. Reclamaciones no basadas en infracción.....	56
SECCIÓN SEGUNDA. De las normas ADPIC PLUS.	
I. Precisando las normas ADPIC PLUS.	
1. Aproximaciones de la doctrina a la elaboración de un concepto.	59
2. Definición de ADPIC PLUS.....	59
3. Formas de generar normas ADPIC PLUS.....	60
II. El ALCA Y TLCs bilaterales.....	60
III. Obligaciones adicionales que se crean en materia de propiedad intelectual con la ratificación de los Tratados de Libre Comercio.....	62
▪ TLC CHILE-EEUU.....	62
▪ TLC CAFTA-EEUU.....	65
▪ Otros TLCs.....	66
IV. Situación de la Propiedad Intelectual en países en desarrollo.....	67
SECCIÓN TERCERA. De los Derechos Humanos	
I. Particularidades tratados de Derechos Humanos.....	76
II. Obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos.....	79
III. La doctrina de los derechos económicos, sociales y culturales y sus aportes.....	82
IV. Impacto de la propiedad intelectual en los derechos humanos, concretamente en el derecho a la vida y la salud.....	88
V. Los conocimientos tradicionales. ¿Qué sucede con los Derechos humanos de los pueblos indígenas, como grupo de especial vulnerabilidad?.....	100
CAPÍTULO III. De las situaciones de tensión entre los DPI y los DDHH.	
SECCIÓN PRIMERA. Las relaciones de armonización, subordinación o prelación de los DPI y los Derechos Humanos	
I. Diferencias DPI y DDHH.....	109
II. ¿El ADPIC puede interpretarse como teniendo una perspectiva de derechos humanos?.....	110
III. La propuesta de resolver el problema a través de leyes de competencia y su insuficiencia.....	119
IV. Pautas de la Convención de Viena.....	122
V. La necesidad de superar el análisis jurídico tradicional.....	125
SECCIÓN SEGUNDA. Propuestas para un Análisis Jurídico Integral.	
I. Criterios para el análisis integral.....	129
II. La propuesta para el Análisis Jurídico Integral.....	144
CONCLUSIONES.....	152
BIBLIOGRAFÍA.....	159

CUADRO DE ABREVIACIONES

ADPIC	Acuerdo de los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994
ADPIC PLUS	Normas con estándares más altos que ADPIC
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
DPI	Derechos de Propiedad Intelectual
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
PI	Propiedad Intelectual
DDHH	Derechos Humanos
TN	Trato Nacional (principio del ADPIC)
NMF	Nación más Favorecida (principio del ADPIC)
OMC	Organización Mundial de Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.
OMPI	Organización Mundial de Propiedad Intelectual
TLC	Tratados de Libre Comercio
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas.
CAFTA-RD	Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y

	República Dominicana (<i>Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement</i> , en inglés)
TODA	Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WIPO Copyright Treaty)
TOIEF	Tratado sobre derecho de interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT)
PCT	Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (Patent Cooperation Treaty)
TLT	Tratado sobre Derecho de Marcas (Trademark Law Treaty)
UPOV	Unión para la Protección de Obtenciones Vegetales (también se usa para designar el tratado con el mismo nombre)
PLT	Tratado sobre el derecho de Patentes
NAFTA	North America Free Trade Agreement. Acuerdo de Libre Comercio de los países del Norte de América.
G3	Grupo de los 3. (México, Colombia y Venezuela)
MERCOSUR	Mercado Común del Sur

ABOG. RODRÍGUEZ PEROZO, NADIAFNA E. **ADPIC Y ADPIC PLUS: EN UN ANÁLISIS INTEGRAL DEL DERECHO INTERNACIONAL. Derechos de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos.** Tesis presentada para optar al título de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Internacional. E-mail: nadiafna_rodriguezp@hotmail.com. Santiago, Chile. 2008. Pág. 170.

RESUMEN

La investigación presenta un análisis integral desde el Derecho Internacional, que considera las perspectivas del derecho económico y de los derechos humanos. El punto de partida son las obligaciones de los Estados, las cuales se contrastan y complementan con una nueva mirada a los Derechos de Propiedad Intelectual que abarque los Derechos Humanos. El Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y su entrada en vigencia, los nuevos estándares que allí se establecen, el fenómeno de ploriferación de los ADPIC Plus con los TLC bilaterales y las consecuencias de su incumplimiento hacen relevante este estudio. Se descubre que en caso de eventual conflicto en la Organización Mundial de Comercio un Estado puede plantear una defensa legítima cuando el incumplimiento de obligaciones comerciales tiene base en el cumplimiento de obligaciones de derechos humanos. La metodología empleada es la documental. Finalmente, se elaboran propuestas que intenten resolver las situaciones de tensión entre dos cuerpos jurídicos que aún siendo tradicionalmente fragmentados coexisten en un orden más amplio que es el Derecho Internacional

Palabras Clave: ADPIC, ADPIC PLUS, Derechos Humanos, Derechos de Propiedad Intelectual.

INTRODUCCIÓN

La investigación presenta uno de los temas de mayor relevancia y complejidad al explorar las relaciones entre el Comercio y los Derechos Humanos a la luz del Derecho Internacional contemporáneo, esfera más amplia que los abarca a ambos.

La Organización Mundial de Comercio (OMC) ha creado normas para regular uno de los aspectos más importantes para competir en el mundo globalizado, las cuales dicen relación con formas de apropiación sobre el conocimiento a través de los Derechos de Propiedad Intelectual. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) fija los estándares mínimos de protección internacional de los derechos que ahora son obligatorios para todos los miembros de la OMC. Los tratados de libre comercio bilaterales tienden a elevar esos estándares generando obligaciones adicionales para los Estados en esta área.

Los tratados de derechos humanos, por su parte, imponen obligaciones a los Estados para la protección y garantía internacional de esos derechos. Por ende, se producen situaciones de tensión o conflicto entre éstas y las obligaciones internacionales en materia comercial.

El problema que se presenta es si ante un eventual conflicto en la OMC en torno al ADPIC un Estado podría elaborar una defensa legítima –o incluso plantear una demanda- cuando el incumplimiento de obligaciones económicas se basa en el cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos.

La relevancia del estudio está en que examina una manera de aproximarse a interpretar de forma más amplia las obligaciones en materia internacional, lo cual puede contribuir a resolver conflictos jurídicos donde entren en juego las obligaciones adquiridas en los ADPIC o los TLCs y las obligaciones en materia de derechos humanos. El tema es trascendental, especialmente para los países en desarrollo que están siendo objeto de demandas en los órganos de solución de diferencias de la OMC en relación a las obligaciones de los ADPIC y tienen que buscar la manera de atender igualmente las obligaciones de derechos humanos.

La investigación orienta la creación de un nuevo enfoque para el análisis de las obligaciones de los Estados a nivel internacional. Ese nuevo enfoque en este caso va a concretarse en una perspectiva innovadora respecto al estudio de un asunto económico que considere también los derechos humanos. Lejos del análisis tradicional, el análisis jurídico integral pretender crear las bases en las cuales dos disciplinas que tradicionalmente se han desarrollado separadas, divididas o fragmentadas generen dinámicas de interacción, complementariedad y armonía.

El primer capítulo presenta las generalidades del estudio, partiendo con el planteamiento del problema, la formulación de la hipótesis, la justificación de la investigación, y finalizando con la explicación de los objetivos y la metodología de carácter documental utilizada para orientar una mejor comprensión de la tesis. El segundo capítulo, presenta el Marco Teórico, el cual está dividido en tres secciones; la sección primera, se encarga de esclarecer los temas relacionados al ADPIC. La sección segunda, explora las normas ADPIC Plus, las cuales se encuentran presentes en los TLCs bilaterales; además haciendo un análisis comparativo se describen las obligaciones adicionales que de ellos derivan y la situación de desventaja de los países en desarrollo. La sección tercera trata las particularidades de los tratados de derechos humanos y las obligaciones que estos conllevan para los Estados. En esta sección se hace uso de la doctrina de los derechos económicos, sociales y culturales y sus aportes, dedicando un apartado especial a los conocimientos tradicionales de las poblaciones indígenas como grupo de especial vulnerabilidad.

En el tercer capítulo, se divide en dos secciones, las cuales abordan las situaciones de tensión que se pueden presentar entre los DPI y los DDHH. La sección primera explora relaciones de subordinación, prelación o armonización, entre los derechos en estudio; para ello se parte destacando sus diferencias y luego se intenta evaluar el ADPIC con perspectiva de derechos humanos. En este segmento se afronta la propuesta de resolver los conflictos que puedan presentarse a través de leyes de competencia, se exploran las guías que otorga la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y se concluye con la necesidad de superar el análisis jurídico tradicional. La sección

segunda de este capítulo contiene una propuesta para desarrollar un análisis jurídico que supere el análisis fragmentario tradicional y sea capaz de integrar dos cuerpos jurídicos que aunque se han desarrollado de manera separada coexisten en ese todo más amplio que es el Derecho Internacional. Finalmente, se elaboran conclusiones respecto de los objetivos propuestos en esta investigación y sus resultados.

CAPÍTULO I. GENERALIDADES

CAPÍTULO I. GENERALIDADES

1. Planteamiento del Problema.

La relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Económico es evidente. Ambos cuerpos jurídicos forman parte del conjunto más amplio y complejo que comprende el Derecho Internacional. A pesar de que es cierto que ambos cuerpos han ido desarrollándose de forma separada, los nexos y puntos de convergencia, son innegables.

La Organización Mundial del Comercio, ha venido desarrollando dentro del ámbito del Derecho Internacional Económico, la creación de normas multilaterales con especial énfasis en aquellas que atañen al Derecho de la Propiedad Intelectual. El Acuerdo de los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994 es evidencia de este acontecimiento.

En el marco general de voluntad de armonización de la legislación internacional, el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), surgió como un esfuerzo de los países desarrollados por establecer nuevas normas que delinearán estándares mínimos de protección de la propiedad intelectual a nivel mundial.

Este evento implicó por un lado, internalizar un cambio de paradigma dentro de la propiedad intelectual, y por otro, que los países en vías de desarrollo adecuaran sus normativas internas a los parámetros internacionales. Todo lo anterior, bajo el argumento del incremento de los costos de investigación y desarrollo, y la dificultad de apropiarse de los resultados de ese tipo de inversiones en el contexto de un mundo globalizado. El objeto de las preocupaciones principales ha estado centrado en el hecho de que los avances tecnológicos pueden, en ocasiones, facilitar la reproducción ilícita de materiales protegidos y la universalización del comercio, a su vez, dificulta la aplicación de las sanciones legales pertinentes.

La pretensión de los Estados Unidos de crear el Área de Libre Comercio de las Américas, tenía una especial relevancia en esta materia porque era el mecanismo idóneo para imponer normas más proteccionistas de los derechos de propiedad intelectual en el continente, sin embargo, visualizada la imposibilidad de materializar esa ambición comercial, optaron por la ratificación de Tratados de Libre Comercio (TLC) bilaterales, implantando en ellos estándares de protección aún mayores que los prefijados en el ADPIC, lo cual ha sido denominado ADPIC PLUS.

Algunos de los elementos que engloban las normas ADPIC PLUS son: la ampliación de los lapsos de vigencia de los derechos exclusivos, extensión del ámbito de protección abarcando más y nuevas materias, y en general, restricción para las limitaciones y excepciones que pueden fijar los Estados en torno a los derechos de propiedad intelectual.

Esos cambios son significativos porque implican –entre otras cosas- que en el área del derecho de patentes, sean patentables materias que antes carecían de protección (como los organismos vivos, animales, procedimientos relacionados al genoma humano, etc.) y además que la protección sea más fuerte en función del mayor número de años por la cual se concede, fijándosele a la autonomía de los Estados restricciones para limitar ese derecho. En los casos de patentes de productos farmacéuticos, se hace más palpable, la forma como entran en colisión esos altos estándares de protección de la propiedad intelectual con la obligación estatal de garantizar el derecho a la salud y a la vida de las personas. Las patentes siendo derechos monopólicos exclusivos no permiten la distribución o comercialización sin autorización del titular, ni la elaboración de genéricos, lo cual incide en el alza de los precios de los medicamentos y en el acceso a los mismos de parte de los grupos más vulnerables de la sociedad (personas más pobres, personas con VIH, y comunidades indígenas, entre otros).

Ahora bien, no obstante las obligaciones internacionales que emanan de los ADPIC y las obligaciones extras que contiene los ADPIC PLUS, existen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que también deben ser satisfechas, lo

cual requiere de un estudio de los dos bloques normativos, pero ya no como un sistema disgregado, sino como un todo íntegro.

La interrelación de los derechos de propiedad intelectual con los derechos humanos, las situaciones de tensión o colisión de intereses que se pueden presentar entre éstos, la noción contemporánea de que los derechos humanos son indivisibles y la necesidad de generar bases para la complementariedad e interacción de ambos bloques normativos, hacen necesario un estudio integral u holístico en esta materia a fin de involucrar los distintos aspectos mencionados.

El propósito central del presente estudio es analizar los estándares de los ADPIC y ADPIC “Plus” a la luz del Derecho Internacional, pero abarcando las consideraciones que emanan de los derechos humanos. La investigación comprende una revisión de las obligaciones que tienen los Estados a nivel internacional tanto en el ámbito comercial como en el de derechos humanos. Dentro de los derechos humanos involucrados se individualiza el impacto que tienen los derechos de propiedad intelectual, en especial los relacionados con las patentes, en el derecho a la vida y a la salud.

Las consecuencias que acarrearán para los Estados el incumplimiento de obligaciones internacionales hacen relevante dilucidar:

- *¿Cómo resolver casos de colisión –o al menos enfrentamiento- de ambos cuerpos normativos con distintos foros?*
- *¿Se puede armar una defensa legítima de excusa de incumplimiento de obligaciones económicas por el cumplimiento de obligaciones de derechos humanos?*
- *¿Existe un orden de prelación?*
- *¿Está obligado el juzgador de OMC a tener en cuenta la normativa internacional de Derechos humanos?*
- *¿Es posible compatibilizar ambas legislaciones?*

Todas las anteriores son preguntas que serán abordadas a lo largo de la investigación y cuyas respuestas se centran en resolver el problema específico de dilucidar si ¿Podría un Estado elaborar una defensa legítima –o incluso plantear una

demanda - ante un eventual conflicto en la OMC, cuando el incumplimiento de obligaciones económicas se basa en el cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos?

2. Hipótesis.

Se parte de la base de que el Derecho Internacional no comprende un conjunto de subsistemas aislados y disgregados. Cualquier análisis en este campo debe incluir el estudio de las diversas normativas que se encuentren relacionadas con el asunto, más aún considerando casos de posible colisión de normas, o al menos los evidentes conflictos de intereses que requieren ser balanceados.

Un caso en el que se encuentren en conflicto obligaciones internacionales emanadas de los ADPIC y ADPIC PLUS vs. las obligaciones internacionales derivadas de la normativa de derechos humanos, implicaría un análisis amplio por parte del juzgador que le permita fijar criterios de jerarquía, prevalencia, subordinación o armonización de los sistemas normativos.

Ese examen requiere dilucidar el problema de la jerarquía de las normas, en ese sentido sería claro que las normas de “*jus cogens*” prevalecen sobre, por ejemplo, aquellas de los ADPIC. Pero el análisis se hace más complejo mientras se examinan derechos civiles y políticos, y se agudiza en torno a los derechos económicos, sociales y culturales los cuales han sido considerados históricamente menos relevantes y no tan obligatorios.¹

La tendencia de la OMC de abarcar cada vez más materias, incluidas las de Propiedad Intelectual, desplazando los foros y competencias de otros órganos internacionales especializados (como por ejemplo la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) es un hecho que no puede pasar inadvertido y demanda un análisis integral de las obligaciones de los Estados, que aún en un foro económico sea capaz de considerar los derechos humanos.

¹ Wall, Virginia. WTO Law Application by International Human Rights Bodies. Thesis presented at Heidelberg Center for Latin America. 2008.

El eventual incumplimiento de los ADPIC o ADPIC PLUS otorgarían competencia a los órganos de la OMC a conocer del asunto, y un Estado que se encuentre en esa situación podría construir una defensa (o un argumento de acción) basada en el respeto y garantía de los derechos humanos para excusar el incumplimiento de una norma económica o de propiedad intelectual. Es ésta la idea principal sobre la cual descansa la hipótesis.

Hipótesis concreta: En virtud de la integralidad del Derecho Internacional, un Estado demandado ante la OMC, puede elaborar una defensa basada en los derechos humanos para excusar el incumplimiento de una norma de propiedad intelectual.

3. Justificación.

La investigación es pertinente desde el punto de vista científico porque orienta la creación de un nuevo enfoque para el análisis de las obligaciones de los Estados a nivel internacional. Ese nuevo enfoque en este caso va a concretarse en una perspectiva innovadora respecto al estudio de un asunto económico que considere también los derechos humanos.

Los ADPIC como se dijo, son resultado de la labor de la OMC en el proceso de unificación y armonización de la legislación a nivel internacional en materia de propiedad intelectual relacionada con el comercio. Las implicaciones de ese proceso en el cambio de paradigma respecto de cómo se concibe la propiedad intelectual en los países de tradición latina, y en especial en los países en vías de desarrollo, sumado al hecho de que los estándares más altos de protección ya están entrando en vigencia y las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones allí contraídas, hacen especialmente relevante un estudio en este sentido.

No obstante lo anterior, el escenario se complejiza aún más para los países que han ratificado los tratados de libre comercio bilaterales (como Perú, Colombia, Chile, Centro América, República Dominicana y Ecuador), adquiriendo obligaciones aún mayores a

las preestablecidas en los ADPIC. El momento en que se encuentran es desafiante en términos de ¿Cómo dar respuesta a todas esas obligaciones?, ¿Cómo hacer para armonizar esas obligaciones con las contraídas por el Estado en materia de derechos humanos?, ¿Cómo resolver los casos de conflicto, existe un orden de prelación o algún tipo de jerarquía?, ¿Cómo fijarla?, ¿Se puede construir una defensa al incumplimiento de obligaciones comerciales a través del respeto a las obligaciones en DDHH? La investigación constituye un aporte en el ámbito jurídico cuando busca dar respuesta a esas interrogantes.

En la esfera de lo público y lo social, el estudio es importante porque explora una manera de aproximarse a una interpretación más amplia de las obligaciones en materia internacional, que puede contribuir a resolver conflictos jurídicos en los que entren en juego las obligaciones adquiridas en los ADPIC o ADPIC PLUS, como una protección patentaria de 20 años sobre un producto farmacéutico y los derechos humanos, como el derecho a la vida o la salud.

Un ejemplo ilustrativo de esta situación sería el de un Estado, que en virtud de las obligaciones de los ADPIC, tiene que otorgar y respetar las patentes pero se ve imposibilitado de costear el alto precio de los medicamentos patentados y mientras los derechos exclusivos estén vigentes tampoco puede ofrecer medicamentos genéricos a la población que padece de VIH, pero por otro lado, la normativa de derechos humanos le obliga a respetar y garantizar el Derecho a la Salud y a la Vida de esas personas.

4. Objetivos de la Investigación:

a) Objetivo General:

Analizar los ADPIC y los ADPIC PLUS desde una mirada integral del Derecho Internacional, con el fin de elaborar propuestas para resolver las situaciones de tensión entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos humanos.

b) Objetivos Específicos:

1. Determinar qué son los ADPIC, de dónde surgen y el contexto de su creación.
2. Establecer los estándares internacionales que se fijan a partir de los ADPIC.
3. Identificar las obligaciones del Estado en relación a los ADPIC.
4. Elaborar una definición de los ADPIC PLUS.
5. Señalar las obligaciones adicionales que se crean en materia de propiedad intelectual con la ratificación de los Tratados de Libre Comercio bilaterales (TLC).
6. Identificar las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos.
7. Describir los aportes de la doctrina de los derechos económicos, sociales y culturales.
8. Explicar el impacto de la propiedad intelectual en los derechos humanos, concretamente en el derecho a la vida y la salud.
9. Establecer relaciones de armonización, subordinación o prelación de los derechos en estudio.
10. Formular propuestas para un análisis jurídico integral de los derechos de propiedad intelectual que abarque los derechos humanos.

5. Metodología de la Investigación.-

Método y Técnica de Investigación

La investigación tiene un carácter teórico que pretende fijar las bases para resolver conflictos prácticos frente a la posible colisión de derechos de propiedad intelectual y derechos humanos.

El estudio se funda en el método documental o bibliográfico, por tanto, abarca el análisis y disertación de documentos en sentido amplio, entendidos como cualquier base material de conocimiento jurídico susceptible de ser procesado, analizado e interpretado

cuali o cuantitativamente. Comprende un estudio en la forma de Miguel Reale² y su teoría tridimensional, de acuerdo a la cual, se considera que dentro del derecho se estudian además de las normas, los hechos y los valores.

La investigación se encuentra, en el campo del ciclo metodológico del derecho dentro del ámbito de la aplicación, en la medida en que crea pautas que coadyuven la hermenéutica jurídica.

La técnica que se utiliza es principalmente la especial de este tipo de investigación, representada por la recolección de datos mediante el fichaje, toma de notas, elaboración de esquemas, resúmenes y mapas conceptuales.

El presente es un estudio de tipo analítico y sistemático inmerso en la investigación jurídica con la intención de categorizar, ordenar y agrupar dos fenómenos jurídicos concretos (el de PI y el de DDHH) a través de un método lógico que nos permita una vista panorámica que los relacione, complemente y armonice como dos disciplinas enmarcadas en un ámbito más amplio representado por el Derecho Internacional.

² Reale, Miguel. Teoría Tridimensional del Derecho. Valparaíso. Edeval. 1978.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

SECCIÓN PRIMERA. DEL ADPIC

I. EL ADPIC, qué es, de dónde surge y el contexto de su creación.

1. El Acuerdo multilateral (ADPIC)

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)³ que nace dentro de la Organización Mundial de Comercio en 1994, fue incluido en las negociaciones de la Ronda de Uruguay como un esfuerzo de los países desarrollados por procurar mejores estándares de protección de los derechos de propiedad intelectual. Entró en vigencia el 1 de enero de 1995. Ha sido catalogado como el tratado multilateral más completo en materia de propiedad intelectual.⁴

2. Contenido del ADPIC

El ADPIC abarca los temas de derechos de autor y derechos conexos, (incluidos derechos de artistas intérpretes y ejecutantes, productores de grabación de sonido y organismos de radiodifusión) marcas de fábrica o de comercio (así también las de servicios), las indicaciones geográficas (contenidas las denominaciones de origen), los dibujos y modelos industriales, las patentes (además de la protección de obtenciones vegetales), los esquemas de trazado de los circuitos integrados y la información no divulgada (incluidos los secretos industriales y la protección de la competencia desleal).

Así pasa a recopilar prácticamente todos los temas de propiedad intelectual cuya normativa antes existía en diversos cuerpos jurídicos disgregados. Hasta el momento de la creación del ADPIC, existía por un lado el Convenio de París para la protección de la

³ OMC. Acta Final de la Ronda de Uruguay. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. 1994. Está comprendido dentro de los llamados Acuerdos Comerciales Multilaterales, y por su naturaleza son obligatorios para todos los miembros de la OMC.

⁴ Para una lista actualizada de los países que han adherido o ratificado y las adhesiones en curso, visitar: http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/members_brief_e.doc

propiedad industrial de 1883, y por otro el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 1886, los cuales no han quedado absolutamente derogados y constituían hasta entonces los dos tratados más importantes en relación a la Propiedad Intelectual. Existían sin embargo, otros tratados para derechos conexos, fonogramas, y otras materias, pero que no son resaltados por no poseer un nivel muy elevado de adhesiones.

3. Qué no contiene el ADPIC. Materias excluidas.

A pesar de toda su amplitud y de ser el tratado más completo en materia de DPI - pretendiendo abarcar todos sus ámbitos- el ADPIC omite hacer referencia alguna a sectores vitales, especialmente para países en desarrollo, como es el área de conocimientos tradicionales, que requieren aproximarse a las formas de "conocer y de crear" de comunidades indígenas ancestrales; lo cual implica a su vez, entender formas de "propiedad colectiva" y conocimientos que no se condicen con la concepción occidental moderna del derecho de propiedad y que se van renovando y transmitiendo de generación en generación.

De la misma manera, se excluyó deliberadamente la protección uniforme a nivel internacional de los importantísimos derechos morales en el campo de los derechos de autor, por la razón de que los países desarrollados de la tradición jurídica del *Common Law* no los contemplan.

También se obvió regular, para darle estándares uniformes mundiales, el agotamiento de los derechos, por ser un tema demasiado controvertido que implicaba definir si se contemplaría un agotamiento nacional o el agotamiento internacional de estos derechos.⁵

⁵ El agotamiento de derechos dice relación con la libertad para decidir en qué momento se da por "ejercitado" el derecho, comprende una de las limitaciones a los DPI, y significa que una vez que un producto protegido por un derecho de propiedad intelectual ha sido comercializado por el titular o por otros con su consentimiento, el derecho se "agota" es decir, el derecho sobre la explotación comercial ya no puede ejercerse. También se le conoce como "doctrina de la primera venta", porque explica que el derecho sobre explotación comercial de un producto se da por finalizado con la primera venta del mismo, el titular no podrá ya oponerse a actos de reventa, alquiler, préstamo o cualquier otra forma de uso

Igualmente llama la atención la ausencia de alguna norma que se refiera, o al menos mencione, las obligaciones de la Convención sobre Diversidad Biológica, que había sido ratificada por muchos de los países miembros de la OMC, en Río de Janeiro, dos años antes, es decir, en 1992, porque entre otras cosas, ésta contempla disposiciones que hacen énfasis en la soberanía de los Estados para decidir sobre el manejo, administración y conservación de sus recursos naturales.

El ADPIC tampoco se refiere al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. El Convenio fue adoptado en París en 1961, y fue revisado en 1972, 1978 y 1991. El objetivo del Convenio es la protección de las obtenciones vegetales por un derecho de propiedad intelectual. El Convenio crea la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV- son las siglas que se utilizan indistintamente para referirse al tratado o a la Unión). Luego los TLC obligan a ratificarlo.

4. Objetivos y Principios del ADPIC

Los principales objetivos de los ADPIC expresados en su preámbulo son: reducir las distorsiones del comercio internacional, fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual, asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo.

Los principios fundamentales del ADPIC son: los estándares mínimos, trato nacional, nación más favorecida y la libertad de método para implementar el acuerdo.

El principio de estándares mínimos, está contenido en el artículo 1.1 del acuerdo, y establece que los miembros de la OMC pueden prever en su legislación una protección más amplia que la establecida en el acuerdo siempre y cuando esa protección no infrinja

comercial por terceros. Existe consenso amplio de que se aplica por lo menos en el mercado nacional. El ADPIC, en su artículo 6 dejó a las legislaciones nacionales la determinación de si el agotamiento es nacional o internacional. Tiene incidencia directa en las importaciones paralelas y el principio de trato nacional y nación más favorecida (como se verá más adelante).

ninguna disposición del mismo. Ésta no es una obligación si no una potestad que puede o no ser ejercida reconociendo como único límite el mismo acuerdo.

El principio de estándares mínimos de propiedad intelectual, “constituye una base conceptual y estratégica significativa para las negociaciones ulteriores a nivel bilateral y multilateral en materia de propiedad intelectual destinadas a establecer estándares más elevados y más amplios”⁶. También se considera de facto, que a partir de los ADPIC, toda norma que se adopte en materia de propiedad intelectual entre miembros de la OMC, o que los involucre sólo puede crear estándares más elevados.⁷ Esta segunda inquietud es la que se aborda más adelante, y tiene que ver entonces, con el supuesto de que cada nueva norma en materia de PI, luego de la ratificación del tratado, tiene que ser necesariamente de tipo ADPIC PLUS.

El trato nacional (TN), es un principio según el cual los miembros de la OMC deben otorgar a los nacionales de los demás miembros un trato “no menos favorable” que el que otorga a sus nacionales en relación a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento, ejercicio y observancia de los DPI. Se diferencia del Convenio de París que reconocía “los mismos derechos” a los nacionales de otro Estado. Por eso algunos autores sostienen que más que un trato igualitario se trata de un trato más favorable que el de sus propios nacionales⁸. Es otras palabras, este principio obedece a la misma lógica que el principio anterior (de estándares mínimos), a los nacionales de otros países deben otorgarse nunca un trato menos favorable, pero sí puede ser un trato mejor.

El principio de nación más favorecida (NMF), no tiene antecedentes en tratados de propiedad intelectual, por su naturaleza es característico de los tratados comerciales, y consiste en que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que un miembro conceda a

⁶ Roffe, Pedro y Santa Cruz, Maximiliano. Los Derechos de Propiedad Intelectual en los Acuerdos de Libre Comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados. Serie Comercio Internacional. N° 70. División de Comercio Internacional e Integración. CEPAL. Naciones Unidas. Santiago de Chile. Abril, 2006. 82 p.

⁷ Musungu, Sisule F; Villanueva, Susan y Blasetti, Roxana. Cómo utilizar las flexibilidades previstas en el acuerdo sobre los ADPIC para proteger la salud pública mediante marcos regionales de cooperación sur-sur. Geneva: South Centre, 2004. 102 p.

⁸ Roffe, Pedro y Santa Cruz, Maximiliano. Ob.cit. pág.14.

los nacionales de otro país en relación a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los DPI se otorgará a los nacionales de todos los demás miembros de la OMC. Como veremos adelante tiene gran incidencia en la celebración de acuerdos bilaterales, pues las obligaciones que se adquirieran en éstos y cualesquiera consecuencias que de ellos deriven, deben aplicarse de igual forma a todos los integrantes del sistema multilateral de comercio de la OMC ⁹

5. Antecedentes del ADPIC

El antecedente inmediato del acuerdo ADPIC es al mismo tiempo el GATT (por sus siglas en inglés: *General Agreement on Trade and Tariffs*) y la legislación Estado Unidense en materia de DPI.

En relación a los datos relevantes de la historia de la negociación de los ADPIC, se puede resaltar que la primera propuesta de negociación de los Derechos de Propiedad Intelectual en el GATT ocurrió en la Ronda de Tokio de 1978. Los proponentes fueron principalmente Estados Unidos y los países europeos apoyados por Japón y Canadá.

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) se fundó en 1947, entre los gobiernos de Australia, Bélgica, Birmania, Brasil, Canadá, Ceilán, Cuba, Checoslovaquia, Chile, China, Estados Unidos, Francia, India, Líbano, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Paquistán, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rhodesia del Sur, Siria y Unión Sudafricana.

Los objetivos del tratado, según lo declara su preámbulo, son: “que sus relaciones comerciales y económicas **deben tender al logro de niveles de vida más altos, la consecución del pleno empleo y de un nivel elevado, cada vez mayor, del ingreso real y de la demanda efectiva**¹⁰, la utilización completa de los recursos mundiales y al acrecentamiento de la producción y de los intercambios de productos”. Para lograrlo se proponían “la celebración de acuerdos encaminados a obtener, a base de reciprocidad y

⁹ Este tratado no permite exceptuar el principio de NMF en tratados bilaterales, cosa que si permitía el GATT.

¹⁰ resaltado propio

de mutuas ventajas, la reducción substancial de los aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales, así como la eliminación del trato discriminatorio en materia de comercio internacional”¹¹.

En realidad la consolidación del tratado constituía formalizar en el plano internacional y en el ámbito legal la “promesa de otorgar ventajas económicas a los países que cumplieran con los requerimientos de EEUU en ciertas materias y las correspondientes sanciones a los que no garantizarán ese cumplimiento”.¹²

Lo anterior se reflejó en el hecho de que Estados Unidos promulgó el “*Trade Act*” de 1984 para proteger los derechos de propiedad intelectual en la Sección 301 del “*Trade Act*” de 1974, en esta sección se le permite al presidente de los Estados Unidos imponer sanciones comerciales a los países que no hayan protegido adecuadamente los derechos de propiedad intelectual norteamericanos.

Posteriormente en 1988, el “*Omnibus Trade and Competitive Act*” refuerza la potestad antes nombrada y en lo que denominan “Special 301” se investigó para sancionar a los países de China, Brasil, India, Taiwán, Corea, México, Arabia Saudita y Tailandia¹³. También fueron objeto de estas medidas países desarrollados quienes protestaron y manifestaron preocupación por la aplicación unilateral de sanciones¹⁴, todo lo cual infringía distintas disposiciones del GATT que obligaban a que cualquier discordancia entre los miembros en relación al comercio debía ser sometida al GATT, que las normativas internas de todos los miembros debían ser acordes al acuerdo, y que no se podían imponer sanciones unilaterales.¹⁵

¹¹ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). 1947. Preámbulo.

¹² Vivas-Eugui, David. Acuerdos Regionales y Bilaterales en un mundo más allá de los ADPIC: El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas. Documentos Temáticos sobre los ADPIC N°1. Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas (QUNO). Ginebra. 2002. p. 34

¹³ World Intellectual Property Report, vol. 3 (1989) pp 3, 64 and vol.5 (1991), p.1

¹⁴ Las Comunidades Europeas se quejaron de que Estados Unidos con su Sección 301 tenía una bomba atómica y por ello tenía ventajas para la negociación en frente de todos los miembros (GATT FOCUS, N63, 1989, p.8) Japón sostuvo que Estados Unidos no podía a su propia discreción violar las normas del GATT, y que la referida sección 301 hacía caso omiso de las normas de procedimientos de resolución de conflictos y retaliación (GATT FOCUS N63, 1989, p.7-8)

¹⁵ Resaltan en este sentido los artículos XXIII, XVI.4 del GATT

El año siguiente, esto es, en 1985 el GATT estableció el Comité preparatorio para la nueva ronda de negociaciones y le proporcionó un amplio mandato para incorporar temas de DPI. El objetivo principal de la propuesta fueron los “*counterfeiting goods*” o restringir las mercancías falsificadas o “piratas” y los problemas con la eficacia de los derechos de propiedad intelectual en los regímenes existentes¹⁶.

Durante 1986 los Estados partes del GATT acordaron celebrar la Ronda de Uruguay, la cual incluía en su agenda el ADPIC, en ese momento empezaron las discrepancias entre los países desarrollados y en desarrollo en relación a los temas a tratar, para los primeros no se trataba ya sólo de la piratería sino de **todos los derechos relacionados con la propiedad intelectual**.

Otro tema debatido entre los mismos contendientes fue el asunto de la protección patentaria de productos farmacéuticos. A pesar de estar de acuerdo en la necesidad de una protección efectiva de los DPI, los países en desarrollo exigían que en todo caso se debía tener en cuenta las políticas para la protección de la salud pública, mientras que los países desarrollados, permanecían poniendo énfasis en la retribución del capital y la investigación llevada a cabo para elaborar esos productos.

Ya para el año 1990, el grupo negociador del GATT recibió 5 propuestas o borradores del texto legal a ser elaborado, uno de Estados Unidos¹⁷, uno de la Comunidad Europea¹⁸, uno de Japón¹⁹ y Suiza²⁰, y otro de parte de 13 países en

¹⁶ Para más detalles en la información sobre las negociaciones del Acuerdo ADPIC, consultar: Adolf, Huala. Trade-related Aspects on Intellectual Property Rights and Developing countries. In: Developing economies. XXXIX-1 (March 2001) Pág. 49-84.

También consultar United Nations Conference on Trade and Development. UNCTAD. The Outcome of the Uruguay Round: an initial assesment. New York. United Nations. 1994.

And Primo Braga, Carlos A. 1995 “Trade Related Intellectual Property Issue: The Uruguay Round Agreement and its economic Implications. In: the Uruguay Round and Depeloping Economies. Ed. Will Martin and L. Alan Winters, Washington DC, World Bank. pág 382

¹⁷ Communication from United States, GATT Document MTN.GNG/NG11/W/70. May, 11, 1990.

¹⁸ Comunication from European Community. GATT Document MTN.GNG/NG11/w/68, March 29, 1990.

¹⁹ Communication from Japan, GATT Document MTN.GNG/NG11/w/74, May 15, 1990.

²⁰ Communication from Switzerland, GATT Document MTN.GNG/NG11/w/73. May 14, 1990

desarrollo (Argentina, Brasil, Chile, China, Colombia, Cuba, Egipto, India, Nigeria, Perú, Uruguay, Pakistán, y Tanzania).²¹

En ese texto los países en desarrollo hacen hincapié en la importancia de regular la propiedad intelectual en sus legislaciones de acuerdo con sus propias necesidades y realidades, resaltando que estaba dentro de su soberanía determinar la disponibilidad, el ámbito y el nivel de protección de los DPI, en especial en todo lo relacionado a salud, nutrición, agricultura y seguridad nacional (art. 1.1 de la propuesta). Otros asuntos que propusieron fueron el apropiado balance de los derechos y obligaciones de titulares, la necesidad de transferencia de tecnología en relación al derecho al desarrollo y la resolución de conflictos que evitara la adopción de medidas unilaterales en relación al “*enforcement*” de los DPI.

En diciembre de 1991, el director general del GATT inició el borrador final del resultado de la Ronda de Uruguay para la negociación multilateral, incluido el ADPIC. El mismo contenía el compromiso de buscar la reconciliación entre las posturas de los países desarrollados y en desarrollo. El documento, en líneas generales, estableció:

- 1) el fortalecimiento de los DPI en escala global (en interés de los países desarrollados)
- 2) provee un período especial de transición para la entrada en vigencia (a favor de los países en desarrollo y menos desarrollados).
- 3) Finalmente, asumía la postura de Estados Unidos de negar el reconocimiento de Derechos Morales.

6. El papel de la OMPI y el cambio de foro

Uno de los rasgos o características fundamentales del ADPIC es que a partir de su ratificación la protección de la propiedad intelectual pasa a ser parte integrante del sistema multilateral de comercio establecido por la OMC, desplazando así el foro exclusivo que hasta entonces tenía la Organización Mundial de Propiedad Intelectual

²¹ Group of negotiation on goods (GATT) Negotiating group on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights including Trade on Counterfeiting Goods “Communication from Argentina, Brazil, Chile, China, Colombia, Cuba, Egypt, India, Nigeria, Perú, Tanzania, Uruguay and Pakistan”. GATT Document MTN.GNG/NG11/W71, May 14, 1990.

como organismo especializado de las Naciones Unidas encargado de administrar por varias décadas –entre otros- los Convenios de París y Berna, y coordinar en general los temas de DPI.

La elección del foro comercial para tratar temas de propiedad intelectual se fundamentó, por un lado, en la innegable relación que los mismos tienen con el comercio, el papel cada día más creciente o acentuado de los derechos intelectuales para la competencia en el mundo globalizado y su incidencia en las relaciones económicas; y por otro lado, en el hecho de que según algunos países las normas existentes eran inadecuadas para la protección y observancia eficaz de los mismos.

En efecto, la elaboración de normas en materia de DPI estuvo guiada durante más de un siglo por la OMPI, y sus instituciones predecesoras²². Pero ya durante las últimas décadas en EEUU se venía consolidando la idea de que la OMPI estaba imposibilitada para generar normas de manera rápida y eficiente, por el largo proceso de producción de las mismas vía “*Hard Law*”²³.

Se sostuvo entonces que “la naturaleza permisiva de las normas del régimen de la OMPI y la falta de un mecanismo de observancia condujo, en particular a los principales actores del sector industrial de Estados Unidos, a la conclusión de que la organización no había conseguido garantizar los niveles adecuados de protección de propiedad intelectual a escala mundial y, por lo tanto, a abogar por un cambio de foro hacia el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)”²⁴.

Este cambio tuvo como objetivo efectivizar el cumplimiento de normas de Propiedad Intelectual mediante el uso de recursos comerciales especiales que les

²² El Bureaux Internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle que administraba el Convenio de Berna y el Convenio de París.

²³ Distinción *Hard Law* (Derecho duro) vs *Soft Law* (Derecho suave). El primero viene representado por los tratados que siguen el proceso normal de elaboración de normas a nivel internacional, y el segundo, se expresa en normas cuya obligatoriedad es discutible, ya que no sigue el procedimiento normal de aprobación de normas sino que emanan desde entes internacionales con forma de recomendaciones, resoluciones, declaraciones y directrices, etc, pero que de igual forma es atendido por los Estados.

²⁴ Musungu, Sisule F y Dutfield, Graham. Acuerdos Multilaterales y un mundo ADPIC plus: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Documentos Temáticos sobre los ADPIC N° 3. Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas. 2003. p.39.

permitieran hacerlas exigibles. Pero los mismos autores señalan que, “además de los temas de observancia y concesiones, existía también el conocimiento de que los países en desarrollo no formaban parte del consenso que establecía el programa del GATT”²⁵.

Otro factor que influyó el cambio estratégico hacia el sistema del GATT fue la fuerza creciente de los países en desarrollo en la OMPI, lo que ocasionaba que se rechazaran las propuestas o que se frustrara el programa de los países desarrollados.

Por su lado, la permisividad y la variedad de los tratados de la OMPI permitían a los países en desarrollo optar, según sus necesidades desarrollo, a establecer excepciones y otorgar cierta libertad para adecuar sus regímenes internos de PI.

Ha sido evidente para la doctrina el hecho de que los ADPIC pusieron a la OMPI en un dilema no menor, del que ella misma estaba consciente. Repentinamente había sido “derogada” su competencia “exclusiva” en asuntos de DPI, por lo cual, reaccionó primero prestando asistencia técnica a sus miembros mediante la Oficina Internacional en todo lo que se relacionara con los ADPIC, y luego, firmando un acuerdo de cooperación con la OMC para prestar asistencia técnica a los países en desarrollo, fueran o no miembros de la OMPI, basados en los invaluable conocimientos técnicos que había adquirido la institución en lo largo de su trayectoria.

El otro dilema que ha tenido que enfrentar la OMPI es el de esclarecer si ¿ella sólo se ocupa de mantener y mejorar el respeto por los DPI -según lo que establece su mandato-? O si ¿ella debe considerar y hacerse cargo de las preocupaciones en materia de desarrollo relacionadas con la PI –por ser un organismo de Naciones Unidas-?

Según el Convenio que establece la OMPI²⁶, en sus artículos 3 y 4, la misma está creada para “fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados, en colaboración, cuando así proceda, con

²⁵ Idem.

²⁶ Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. (Art. 3 y 4)

cualquier otra organización internacional; y asegurar la cooperación administrativa entre las Uniones”.

Como se observa esa misión demasiado restringida debe necesariamente ser interpretada considerando el hecho de que la OMPI es desde 1974 un organismo especializado de la ONU, y que por tanto, se compromete a servir también los objetivos de desarrollo más amplios, incluidos en el documento “Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU”, que permitirían solucionar problemas económicos, sociales, culturales o humanitarios y promover y fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.²⁷

Desde el artículo primero del mencionado acuerdo, cuando la ONU reconoce a la OMPI como un organismo especializado de la misma, entiende que ella debe adoptar las medidas necesarias para promover la actividad intelectual creadora y facilitar la transferencia de tecnología hacia los países en desarrollo justamente para acelerar los procesos de desarrollo en lo económico, lo cultural y lo social.

La Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual de Reino Unido ha hecho observaciones para que la OMPI tome acciones en ese sentido²⁸.

En ese contexto histórico y mientras la OMPI administraba los tratados, la solución de diferencias que no podían resolverse por mutuo acuerdo se sometía a la Corte Internacional de Justicia.

Entonces, la OMPI queda relegada a ejercer un rol de mera asistencia técnica en la implementación de los tratados o destinada a generar normas de carácter ADPIC PLUS.

7. La OMC como foro comercial multilateral.

La OMC nace en 1994, con el Acta Final de la Ronda de Uruguay. Sus miembros se proponen “Desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero que abarque el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, los

²⁷ Ver Convenio OMPI-ONU. 1974. Artículos 1 al 5.

²⁸ Commission on Intellectual Property Rights, United Kingdom. WTO TRIPS Agreement and Its Implications for Access to Medicines in Developing Countries, Study Paper 2a, November 2001 (En: <http://www.iprcommission.org>, visitada: 8/8/08)

resultados de anteriores esfuerzos de liberalización del comercio y los resultados integrales de las Negociaciones Comerciales Multilaterales de la Ronda Uruguay". Constituye una especie de acuerdo marco e incluye en forma de anexos los acuerdos relativos a las mercancías, los servicios, la propiedad intelectual, la solución de diferencias, el mecanismo de examen de las políticas comerciales y los acuerdos plurilaterales.²⁹

De conformidad con el Acuerdo de Marrakech³⁰ por el cual se crea la OMC, en especial lo establecido en su preámbulo, los objetivos o valores que se propone realizar la entidad son -entre otros-: **eleva los niveles de vida, desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente, realizar esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico y eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales.**

En otras palabras, se pueden identificar como supervalores de la organización la realización de objetivos humanos, mejores estándares de vida, desarrollo sustentable, especial consideración a las circunstancias y realidades de países en desarrollo, y propiciar un trato no discriminatorio.

La OMC crea un sistema de solución de controversias propio, que de acuerdo a la naturaleza de sus conflictos "comerciales" tiene que ser expedito, eficiente y eficaz para no retrasar el flujo de las transacciones internacionales.

Desde su constitución pasa entonces a ampliar su ámbito de acción, no ocupándose ahora sólo de lo relativo a los aranceles y comercio en general (como su predecesor el GATT), sino incluyendo explícitamente la propiedad intelectual dentro de su labor y de esa manera culmina administrando todo lo relativo al ADPIC.

²⁹ www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm. visitada: 03-09-2008.

³⁰ Conferencia Ministerial de Marrakech en abril de 1994. Resultado de la Ronda de Uruguay. Acuerdo de Marrakech por el que se crea la OMC.

8. Principio del “*single undertaking*” y su significado en la OMC.

Durante la Ronda de Uruguay, se hizo mención repetidamente al principio de *single undertaking* o principio “del todo único”, el cual contiene dos acepciones básicas, por un lado, representa un principio negociador según el cual “nada se acuerda hasta que TODO se acuerde”; y por otro lado, representa un principio legal que implica que del resultado de las negociaciones resultaría un compromiso o paquete único para ser implementado como un sólo conjunto íntegro dentro del tratado³¹.

La interpretación efectiva de este principio supone una lectura armónica y coherente de las reglas de la OMC en conjunto. Pero a la vez este principio significó que los países en desarrollo, que no tenían ningún interés en agregar los DPI a las negociaciones comerciales, se vieran influenciados directamente por la atracción del resto del paquete económico, pues si no se llegaba a todo no se llegaba a nada, lo cual según algunos autores “habría sido la razón principal del resultado alcanzado”³².

Importante es destacar que para ingresar en la OMC, los países –o territorios aduaneros autónomos- están en la obligación de ceñirse a toda la normativa del organismo multilateral, así de conformidad con lo preceptuado en el artículo II. 2 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio “los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Multilaterales”) forman parte integrante del Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros.” El anexo 1c es el que contiene el ADPIC.

9. Consecuencias del ADPIC: Cambio de paradigma

Todo el escenario precedentemente descrito implicó un importante cambio de paradigma a nivel mundial, éste cambio significó la necesidad de reformas de las

³¹ Marceau, Gabrielle. “WTO Dispute Settlement and Human Rights”. European Journal of International Law. September 2002. 13 Eur. J. Int'l L. 753. p.68.

³² Correa, Carlos M. Acuerdo Trip's en América Latina. Armonización vs. Diferenciación de los Sistemas de Propiedad Intelectual. Temas de Derecho Industrial y de la Competencia. 2da Edición. Buenos Aires. Argentina. 2000. pág.15

legislaciones en los países en desarrollo y especialmente en América Latina. Entre las causas de estas reforma se reconocieron principalmente el incremento de los costos de Investigación y Desarrollo (I+D); las dificultades para la apropiación de los resultados en I+D (con la masificación de las nuevas tecnologías fáciles de copiar); y en general, el fenómeno de globalización de la economía, que ya no reconoce fronteras para el comercio entre los países.³³

Tuvo incidencia en este cambio de paradigma la divergencia de cosmovisión que se reflejaba en dos concepciones paralelas, y algunas veces contrapuestas, respecto de la filosofía que subyace en el fundamento de la protección de la propiedad intelectual como derechos excepcionalmente monopólicos, los cuales conllevan una forma de ejercer una práctica anticompetitiva legítimamente amparada por el derecho.

En el *Common Law* ese fundamento se centra en la protección del esfuerzo y del capital (por ejemplo en *Copyright*); por otro lado, en los países de Tradición Latina subyace la idea de que las obras artísticas y literarias son inherentes a la persona del autor e implican una extensión de su personalidad, por lo tanto, en esta tradición no se abarcan a las personas jurídicas como “autores”.

Otras diferencias se muestran en relación a la materia protegida que en la tradición latina es una creación original y en la angloamericana puede ser una obra técnica; la fijación y las formalidades que entre nosotros no se requieren, pero sí se exige a los efectos de infracciones de buena fe en la tradición angloamericana.

Más concretamente, en el campo de las patentes este evento significó cambiar la lógica sobre la cual descansa la base de por qué éstas se protegen. Originalmente se suponía un beneficio a la sociedad por la introducción de un nuevo arte o tecnología, dándole más importancia al “*know how*” que estaba detrás de la patente del inventor; en la actualidad el énfasis viene dado en el incentivo de los inversores más que el de los inventores y en el comercio internacional de productos y servicios. Otorgándole mayor importancia a la disponibilidad de los productos y la estimulación de la inversión.

³³ Idem.

En el área de los derechos de autor, el cambio se manifestó de la siguiente manera: en un inicio se suponía que otorgar derechos económicos al creador de las obras intelectuales promovía las artes y el avance de la ciencia, alcanzado así objetivos sociales y económicos. Actualmente prevalece la concepción de la “*Misappropriation*” que se asocia con un derecho a apropiación indebida cuyo objetivo es la protección del valor económico de los productos, es decir, el incentivo de inversión y la disponibilidad de los productos justifican la concesión de un derecho exclusivo.

En definitiva, el ADPIC estableció firmemente el vínculo entre los derechos de propiedad intelectual y el comercio internacional, cambió el paradigma que sustentaba la protección de los DPI, tanto en lo relacionado a derechos de autor y derechos conexos como en lo atinente a la Propiedad Industrial. De la misma forma, al dejar de manifiesto la estrecha relación DPI-Comercio, evidenció su correspondiente incidencia en los derechos humanos, por ejemplo, a través de los efectos que tiene en la salud pública la sobreprotección de las patentes de productos farmacéuticos. Por esta razón se sostiene que no existe ya cabida para estudios aislados, segregados o segmentarios que sigan la evolución de estas dos ramas jurídicas de forma paralelas sin cruzarse.

10. Caracterización de las Reformas Legislativas después del ADPIC.

El cambio de paradigma y el ADPIC derechamente obedecen, como se dijo antes, a un fenómeno más macro o global que implica una armonización de las legislaciones a nivel internacional. Ese evento lejos trasciende el ámbito comercial, impacta de igual forma los derechos humanos -y para la temática que concierne esta investigación- se concretiza también en el área de la propiedad intelectual, entre muchas otras.

Esa armonización se traduce en un cambio de las legislaciones nacionales para los países signatarios de los tratados, quienes deben adecuar en plazos determinados sus normativas internas a los nuevos niveles o estándares fijados internacionalmente.

Este proceso de reforma se ha denominado en la doctrina “*top-down*”, porque atiende a una lógica de creación de normas que viene “de arriba hacia abajo” y que se

contrapone a las formas de producción legislativa tipo “*bottom-up*” o “de abajo hacia arriba”³⁴

Finalmente, pueden identificarse como características del proceso antes mencionado, las siguientes:

- Expansión de las materias de protección, todo lo cual conlleva incluir las nuevas tecnologías, patentes de materia viva y productos farmacéuticos, trazados de semiconductores.
- Universalización de los estándares mínimos de protección, incluido el principio de trato nacional, de nación más favorecida, y una protección uniforme a nivel mundial –sin distinción entre países en desarrollo y desarrollados-.
- Fortalecimiento de los derechos exclusivos y las medidas para asegurarlos, verificado en un cambio de las normas sustantivas y adjetivas de la propiedad intelectual.
- Presión de Estados Unidos a través de su representante comercial y otorgando cuando fuera necesario ventajas o represalias arancelarias a los países que no se ajustan a las normas de PI.
- Cambios paralelos en el marco de integración (NAFTA, G3, Mercosur) o producto de acuerdos bilaterales con Estados Unidos.
- Obligación dentro de un tratado de ratificar otros tratados como el Convenio de París y Convenio de Berna. Y también mejores esfuerzos para ratificar otros como UPOV, y nuevos tratados de Internet de la OMPI.

II. Estándares internacionales que se fijan a partir de los ADPIC

1. Nuevos estándares internacionales que se fijan a partir de los ADPIC.

En relación a los nuevos estándares internacionales que vienen a ser fijados por el ADPIC, podemos señalar:

³⁴ El debate filosófico-jurídico en relación a esas dos maneras de producción legislativa, escapa el objeto de estudio de esta investigación. Basta resaltar acá que tiene especial relevancia e impacta con especial énfasis los conceptos tradicionales de democracia, soberanía, entre otros.

A) *La aplicación de los principios generales propios del GATT, es decir, de los acuerdos internacionales comerciales.*

Específicamente, se empiezan a aplicar los principios de TN y NMF³⁵ –explicados previamente- mezclados con el establecimiento de principios y objetivos propios del área de propiedad intelectual.

Entre los últimos se pueden resaltar los que establecen que “la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.³⁶

También en el rango anterior de los principios generales en materia de DPI están los contenidos en el Artículo 8 del ADPIC, a saber:

1. Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la **salud pública y la nutrición de la población**, o para **promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico**, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el acuerdo.
2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.

B) *La fijación de estándares mínimos para la protección de cada categoría de derechos de propiedad intelectual.*

³⁵ Trato Nacional está previsto en el artículo 3 ADPIC y el Trato de nación más favorecida, en el art. 4.

³⁶ Artículo.7 ADPIC.

Aquí destaca la incorporación del principio base del tratado, que fija que los estándares que pasan a ser considerados como mínimos en la esfera internacional, de allí en adelante. El art. 1.1. expresamente señala: "los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo". De allí, que en adelante todo pacto tratado o acuerdo que contenga disposiciones en materia de DPIs tiene que ser ADPIC PLUS. (Ver supra explicación de los principios del tratado).

C) La incorporación de mecanismos de observancia de esos derechos.

Contenidos en la Parte III del tratado, acarrear unas obligaciones generales, y disposiciones específicas en torno a las características de los procedimientos y recursos civiles y administrativos; medidas provisionales, procedimientos en frontera; y los procedimientos penales.

D) Adopción de normas y mecanismos de solución de diferencias.

El entendimiento sobre solución de diferencias, crea el órgano de solución de diferencias y un órgano de apelación. Sobre todo el sistema se hace un recuento más adelante.

E) Reconocimiento de lapsos transitorios para países en desarrollo y menos adelantados.

Se aplican los nuevos estándares a todos los miembros de la OMC sin importar su nivel de desarrollo. Lo que se otorgan son plazos más extensos para la implementación o entrada en vigencia del acuerdo. Los art. 65 y 66 contemplan estas disposiciones, el plazo máximo de suspensión son 10 años (desde 1996), por lo cual, en la actualidad el tratado se encuentra plenamente vigente para todos los países.³⁷

³⁷ Roffe, Pedro. Ob cit. Pág. 22

2. ¿Qué implican esos cambios en materia de patentes?

Desde el Convenio de París los países tenían amplias potestades para definir entre otras cosas: cobertura de los derechos, materias patentables, excepciones y limitaciones y duración de los derechos industriales.³⁸ Algunas disposiciones de este convenio se mantienen vigentes para materias específicas o se incorporan directamente en el tratado.

De acuerdo con los informes que rendía la OMPI, era común entre los Estados recurrir a excepciones de patentabilidad, mayormente en los sectores productos y/o procedimientos farmacéuticos, alimentos, razas animales, métodos de tratamiento humanos y animal, programas de ordenador, y productos químicos.³⁹ En total según ese informe, más de 19 sectores no eran protegidos por patentes en las legislaciones de distintos países.

ADPIC rompe con esta tradición al incorporar como obligación para todos los Estados, la necesidad de hacer patentable todas las invenciones, ya sean las mismas de productos o de procesos, abarcando todos los campos de la tecnología, siempre que concurren los tres requisitos tradicionales de patentabilidad (que entrañe una actividad inventiva, que la misma sea nueva y que tenga utilidad industrial).⁴⁰

Otra obligación es la de garantizar ese derecho para los titulares sin discriminación, entendiéndose por ello, que se gozan los derechos sin distinguir o darle relevancia jurídica al lugar de la invención, el hecho de que el producto sea importado o producido localmente y sin diferenciar áreas de la tecnología.

En el campo de las excepciones a la patentabilidad -lo cual era competencia de la legislación nacional hasta entonces- el ADPIC estableció sólo dos tipos de excepciones a la patentabilidad, a saber: 1. de carácter general, que es susceptible de abarcar todo tipo de inventos (licencias obligatorias), y 2. una más particular para invenciones cuya explotación comercial debe prohibirse en el territorio de un miembro para proteger el

³⁸ Por ejemplo art. 5^o2 en materia de licencias obligatorias –entre otros-

³⁹ OMPI. Comité de Expertos sobre la Armonización de ciertas disposiciones de las leyes para la protección de las invenciones. Cuarta reunión 2 a 6 de Noviembre de 1987. Exclusiones de la protección por patente. Memorando de la oficina internacional de la OMPI. Documento HL/CE/IV/INF/1, 14 de octubre. 1987.

⁴⁰ Art. 27.1 ADPIC

orden público, la moral, la salud o la vida de las personas o los animales o para preservar vegetales, evitar daños graves al medio ambiente, y con la condición de que tal excepción no se fundamente simplemente en el hecho de estar prohibida por la legislación del Estado (Art. 27.2 ADPIC).⁴¹

Dentro de las últimas encontramos:

-los métodos de diagnóstico, terapéutico, quirúrgico para el tratamiento de personas y animales.

-las plantas y animales con excepción de los microorganismos y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos.⁴²

Por otro lado, se impone también la obligación –un poco más flexible- de proteger las obtenciones vegetales por medio de patentes o de un sistema *sui generis* que sea eficaz o bien por medio de una combinación de ambos.

El patentamiento de formas de vida es una cuestión controversial, los países desarrollados en especial Estados Unidos pretenden, haciendo un análisis amplio de los requisitos de patentabilidad, que ésta tenga la posibilidad de abarcar desde el genoma humano, hasta plantas y animales. Sin embargo, en el ámbito multilateral este es un tema que no quedó resuelto y que hasta el día de hoy no consigue consenso, el ADPIC se limitó a establecer una revisión de las excepciones relativas a plantas y animales, después de 4 años⁴³.

En un caso donde Estados Unidos demandó a Argentina ante la OMC⁴⁴ en relación al ADPIC, los gobiernos acordaron interpretaciones que van más allá de lo

⁴¹ Roffe, Pedro y Santa Cruz, Maximiliano. Los Derechos de Propiedad Intelectual en los Acuerdos de Libre Comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados. Serie Comercio Internacional N° 70. Naciones Unidas. CEPAL. División de comercio internacional e integración. Santiago de Chile, 2006. p. 80.

⁴² Art. 27.3 ADPIC.

⁴³ Art. 27.3 b ADPIC.

⁴⁴ Organización Mundial de Comercio. Argentina - Protección mediante Patente de los Productos Farmacéuticos y Protección de los Datos de Pruebas relativos a los productos químicos para la agricultura (wt/ds171), 20 de junio de 2002.

establecido en el art. 27 b del tratado. En torno a la obligación de patentamiento de microorganismos, la Solución Mutuamente Convenida por los Estados incluyó también “otras materias”, específicamente el punto 7 del acuerdo, establece para Argentina la obligación de patentamiento de ADN en los siguientes términos:

- “(e) un compuesto químico o una composición purificada conteniendo un compuesto químico en alguna de las siguientes categorías: I) un ácido nucleico comprendiendo una secuencia específica de nucleótidos (por ejemplo, una secuencia nucleótida); II) un péptido, polipéptido, o proteína (por ejemplo una secuencia de aminoácidos); III) un lípido; o IV) un polisacárido;
- f) un compuesto químico que tenga una estructura idéntica a un compuesto químico aislado de una planta, un animal, microorganismo o de otro origen natural;
- g) la composición purificada conteniendo un compuesto químico que tenga una estructura idéntica a un **compuesto químico aislado de una planta, animal, microorganismo o de otro origen natural**, de manera tal que la composición no sea idéntica a la composición que contiene el compuesto químico como pudiera ser encontrado en su estado natural”;

Argentina se obligó entonces a elaborar y publicar *guidelines* acerca de su práctica de patentamiento de microorganismos y incluidas esas “otras materias” lo cual efectuó a través de la Resolución del INPI N° 633/2001 (Boletín Oficial de fecha 22 de octubre de 2001).

El ADPIC, por primera vez a nivel internacional, introduce nociones substantivas con las cuales define concretamente los derechos exclusivos que las patentes confieren a sus titulares, entre ellos el de impedir que terceros sin su consentimiento realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente o del **producto obtenido directamente de dicho procedimiento**. Contempla también el derecho tradicional de ceder o transferir por sucesión y de otorgar contratos de licencia sobre las patentes.⁴⁵

El plazo mínimo de duración de los derechos son 20 años, contados desde la fecha de la solicitud.⁴⁶

En relación a las excepciones de los derechos conferidos, el artículo 30 marca la pauta, estableciendo que “los Miembros podrán prever excepciones limitadas de los

⁴⁵ Art. 28 ADPIC.

⁴⁶ Art. 33 ADPIC.

derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que **tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente**, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”

Dentro de las excepciones, resaltan las **licencias obligatorias**, establecidas en el art. 31 del ADPIC, que contiene las condiciones o modalidades en las que se puede hacer uso de la patente sin autorización del titular del derecho, siempre bajo condiciones taxativas a saber:

- 1- Obligación de negociar una licencia voluntaria antes de requerir una obligatoria, en términos y condiciones comerciales razonables y siempre que esos intentos no hayan surtido efecto en un plazo prudencial.
- 2- Sólo se puede obviar la negociación voluntaria en casos de emergencia nacional o de prácticas anticompetitivas –decretadas por la autoridad correspondiente- o casos de uso público no comercial. En este caso se debe notificar al titular a la brevedad.
- 3- La licencia obligatoria sólo puede tener carácter de no exclusiva.
- 4- Se tienen que autorizar para abastecer “principalmente” el mercado interno.
- 5- Hay que garantizar al titular en todo caso, una remuneración adecuada.
- 6- La decisión que la otorga debe estar siempre sujeta a revisión (incluida la relativa a la remuneración).
- 7- Se invierte la carga de la prueba en patentes de procedimientos.
- 8- No podrán cederse esos usos, salvo con aquella parte de la empresa o de su activo intangible que disfrute de ellos;
- 9- La autorización de dichos usos será considerada en función de sus circunstancias propias.
- 10- El alcance y duración de esos usos se limitarán a los fines para los que hayan sido autorizados.
- 11- La autorización de dichos usos podrá retirarse a reserva de la protección adecuada de los intereses legítimos de las personas que han recibido autorización para esos usos, si

las circunstancias que dieron origen a ella han desaparecido y no es probable que vuelvan a surgir.

12- Cuando se hayan autorizado esos usos para permitir la explotación de una patente (“segunda patente”) que no pueda ser explotada sin infringir otra patente (“primera patente”), habrán de observarse las siguientes condiciones adicionales: i) la invención reivindicada en la segunda patente ha de suponer un avance técnico importante de una importancia económica considerable con respecto a la invención reivindicada en la primera patente; ii) el titular de la primera patente tendrá derecho a una licencia cruzada en condiciones razonables para explotar la invención reivindicada en la segunda patente; y iii) no podrá cederse el uso autorizado de la primera patente sin la cesión de la segunda patente.

El problema específico en torno a las licencias obligatorias es que a pesar de ser una herramienta legal para los países, relacionada al desarrollo y a sectores vitales de producción, éstas se vienen limitando de manera cada vez más estricta desde la ratificación de los ADPIC, casi hasta el punto de anular las posibilidades reales de uso - en especial en países en desarrollo-.

La correcta medida para entender el uso que debe darse a este tipo de licencias dice relación con balancear los intereses públicos o sociales de usuarios y consumidores frente a los de los titulares de DPI.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en su Reporte de Desarrollo Humano 2001⁴⁷ ofrece recomendaciones en torno a la creación de una estructura legal para hacer que las licencias obligatorias sean “optimizadas” por los países en desarrollo. **Primero**, la mejor opción es establecer un procedimiento administrativo (*streamlined and procedural*)⁴⁸

⁴⁷ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Human Development Report. 2001.

⁴⁸ Balasubramaniam, K, Access to Medicines and Public Policy Safeguards Under TRIPS. TRIPS and Public Health. Chapter 13. Trading in Knowledge. Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability. Ed. Bellman, Dutfield and Meléndez Ortiz. International Center for Trade and Sustainable Development. EARTHSCAN Publications Ltd. London, Sterling, VA. 2003. pág 135-155.

Segundo, emplear las facultades amplias que otorga ADPIC a los gobiernos nacionales para utilizar las patentes en usos públicos no comerciales, ésta vía debería ser rápida y sin requerir autorización del titular. Conlleva no utilizar o acceder a usos públicos más débiles que los de los países desarrollados como Alemania, Irlanda, UK, EEUU.

Tercero, la legislación debería permitir la producción para la exportación cuando, a) la falta de competencia en un tipo de medicamentos ha dado al productor poder de mercado para impedir el acceso a drogas alternativas; y b) cuando el interés legítimo del dueño de la patente está protegido en el mercado de exportación.

Cuarto, la compensación debe ser predecible y fácil de determinar. El establecimiento de esa compensación varía de acuerdo a los países, en Alemania es de 2 al 10%, mientras que en Canadá es de 4%, sin embargo debe quedar a cargo del titular la impugnación del monto, si no está de acuerdo.

3. ¿Qué implican esos cambios para los productos farmacéuticos?

La exclusión a la patentabilidad de los productos farmacéuticos fue una práctica que tuvo lugar en muchos países -incluyendo países desarrollados y en desarrollo- a través de la historia, pues la misma constituyó un instrumento político para desarrollar esta industria localmente, e implicaba la necesidad de dejar de ser consumidores y pasar a ser productores, para luego entonces verificar un cambio en la política pública que diera protección al rubro.⁴⁹

En este hilo de ideas Roffe nos recuerda que "Suiza por ejemplo, no otorgó protección a los medicamentos sino recién en 1978, Francia y Alemania estuvieron a la cabeza de excluir los medicamentos y los productos químicos de la protección por patentes (en sus leyes de 1844 y 1877 respectivamente); Alemania, en ese mismo sentido, fue el primer país en excluir a los alimentos de la patentabilidad en su ley de 1877".⁵⁰

⁴⁹ Roffe, Pedro. Ob cit. Pág.10

⁵⁰ Roffe, Pedro. Ob. cit. Pág.21.

También algunos países de América Latina eliminaron la patentabilidad de este sector por un tiempo. Brasil en 1945 dejó de proteger por patente los productos farmacéuticos y en 1971 excluyó la patentabilidad de procesos. México, desde 1987 derogó la patentabilidad de medicamentos por 10 años. Igualmente, la Decisión 385 del Acuerdo de Cartagena que aplicaban los signatarios de ese tratado, no posibilitaba la concesión de patentes ni para los medicamentos, ni para los fármacos en general.

La propuesta que EEUU traía a la negociación de los ADPIC en torno a los productos farmacéuticos fue la denominada "Protección *pipeline*", según la cual los productos farmacéuticos que ya estaban protegidos en su país de origen, también deberían ser materia de protección en virtud del acuerdo en los demás miembros de la OMC, por el tiempo que faltaba por expirar a esa patente en su país de origen. Una especie de aplicación retroactiva del tratado.

El llamado "*Pipeline* Suizo" para productos farmacéuticos y agroquímicos fue el implementado finalmente en el ADPIC, éste consistió en que los países que a la fecha ratificación del acuerdo, 1 de enero de 1994, no protegían esta clase de productos estaban en obligación de establecer desde entonces un mecanismo que permitiera la recepción de solicitudes de las invenciones (*mailbox*) y les aplicara a las solicitudes, desde la fecha de aplicación del acuerdo, los criterios de patentabilidad, otorgándoles una protección en forma de Derechos Exclusivos de Comercialización (DEC), por un período de 5 años, desde el otorgamiento del permiso correspondiente o hasta que se resolviera sobre la aceptación o rechazo de la patente.⁵¹

Así se concedió también, un plazo para los países en desarrollo que están ahora obligados a otorgar patentes sobre áreas de la tecnología que para ellos no gozaban de protección (como los fármacos) durante el cual ellos pueden aplazar la aplicación de la sección correspondiente del tratado por 10 años.

⁵¹ Idem.

En el plano más concreto, la lucha de los países en desarrollo para proteger la salud pública sin vulnerar los derechos de propiedad intelectual ha sido todo un desafío. Uno de los casos más emblemáticos es el de Brasil.⁵²

Brasil notificó en la ONU sobre su programa en HIV, su Ley de Propiedad Intelectual y el impacto de su política pública de salud, concretada en el “Programa de distribución gratuita de medicamentos para el SIDA para todos”. El Estado explicó entonces, que la terapia consistía en un cóctel de 12 fármacos de los cuales 5 son importados y el resto producidos localmente. Más del 56 % de los 305 millones de dólares que se gastan en el programa de HIV es para pagar los medicamentos importados. Dos de los medicamentos están protegidos por patentes en Brasil y consumen más del 36% del presupuesto (Efivirenz and Nelfinavir, de las industrias Merck Sharp & Kohme y Roche, respectivamente). Por lo anterior, es que Brasil empezó a negociar con la industria farmacéutica, para revisar el precio de los medicamentos observando los comentarios del Programa de Desarrollo de Naciones Unidas y utilizando todos los mecanismos previstos en su ley para hacer que los medicamentos fueran accesibles para sus ciudadanos.⁵³

Una de las medidas previstas en la ley son las **licencias obligatorias** que pueden usarse en caso de abuso de los derechos o de la posición de mercado dictada por una decisión administrativa o judicial. La ley, al igual que el ADPIC, permite incluso la utilización de las licencias obligatorias en casos de emergencia nacional o de interés público. Dentro de lo considerado “de interés público” se encuentran, entre otros, los asuntos relacionados a la salud pública, nutrición, ambiente y los que sean de importancia primordial para el desarrollo tecnológico, económico y social del país.

Con su programa Brasil ha reducido las muertes en 50% en relación a los 4 años anteriores, y las hospitalizaciones por enfermedades oportunistas en 80%. También han disminuido los costos del programa, pudiendo atender a más gente con menos dinero.

⁵² Los datos suministrados por Brasil y otros relevantes en esta temática se pueden encontrar en: Secretary-General Report. United Nations. Doc E/CN.4/Sub.2/2001/12.

⁵³ Idem: Secretary-General Report. United Nations. Doc E/CN.4/Sub.2/2001/12.

Según el Ministerio de Salud, “existen actualmente 536,000 personas con HIV en el país; hay 196,000 casos notificados de AIDS (SIDA) y 95,000 muertes; 85,000 personas están recibiendo actualmente tratamiento en el programa de medicamento para todos”.⁵⁴

A pesar de eso, Brasil fue demandado por Estados Unidos ante la OMC. La demanda cuestionaba el artículo 68 de la Ley de Propiedad Industrial de Brasil (9.279/96) y su compatibilidad con el ADPIC. Esa disposición legal es la que prevé las licencias obligatorias. La demanda se resolvió por un convenio en el cual el Gobierno del Brasil, se obliga a que en caso de que considerase necesario aplicar el artículo 68 para conceder una licencia obligatoria con respecto a las patentes de empresas o del gobierno de los Estados Unidos, celebrará conversaciones previas sobre el asunto –con suficiente anticipación- con ese gobierno. Estas conversaciones tendrían lugar, en el marco del Mecanismo Consultivo de los Estados Unidos y el Brasil, en una reunión extraordinaria convocada para debatir el tema. Estados Unidos se compromete a retirar la demanda y además le impone a Brasil la obligación de no tomar a futuro ninguna medida en materia de solución de diferencias por lo que se refiere a los artículos 204 y 209 de la Ley de Patentes de los Estados Unidos.⁵⁵

Este caso, a pesar de no haber llegado a un pronunciamiento de parte de los órganos de solución de diferencia de la OMC que permita evaluar la validez jurídica de ese tipo de compromisos y el tipo de análisis que harían los juzgadores; es ilustrativo de lo que sucede con los países en desarrollo, las licencias obligatorias, el derecho a la salud y los derechos de propiedad intelectual.

Brasil a pesar de haber estado consciente de que el artículo de la ley cuestionado era perfectamente compatible con el ADPIC (así lo señala expresamente en el texto⁵⁶), accedió a obligarse a cosas que están más allá del ADPIC, generando para sí mismo normas de tipo de ADPIC PLUS.

⁵⁴ Ministerio de Salud de Brasil en reporte a la ONU sobre el “Programa de distribución gratuita de medicamentos para el SIDA para todos”. Se reproducen en el Reporte del Secretario General de la ONU. United Nations. Doc E/CN.4/Sub.2/2001/12.

⁵⁵ Organización Mundial de Comercio. Caso: “Brasil – Medidas que afectan la protección mediante patentes”. Documento WT/DS199/4. G/L/454. IP/D/23/Add.1, de fecha 19 de julio de 2001.

⁵⁶ Idem.

Las licencias obligatorias son una herramienta legal legítima que está contemplada en casi todas las legislaciones de DPI además de estar previstas –como se vio- en el ADPIC⁵⁷. Entonces ¿cómo se justifica legalmente que a partir de ese convenio Brasil tenga que “entablar conversaciones previas” con Estados Unidos cada vez que encuentre necesario utilizar las licencias obligatorias? ¿En qué se basa jurídicamente la nueva obligación de no demandar a Estados Unidos en relación a los artículos 204 y 209 de su Ley de Patentes? Probablemente la existencia de acuerdos políticos o la obtención de ventajas comerciales pueden responder a esas preguntas. Pero ¿qué consecuencias prácticas tiene esto en el derecho a la salud, y más concretamente, en el acceso igualitario a medicamentos patentados? ¿Qué implica ese acuerdo para los productos farmacéuticos de tratamiento del SIDA? Estas interrogantes se abordan específicamente en la sección tercera apartado IV de este capítulo.

4. Los nuevos estándares en materia de derechos de autor

- Se incorporan las disposiciones sustantivas de los artículos 1 al 21 del Convenio de Berna y su apéndice.
- Incluye la protección de los programas de ordenador y las bases de datos como obras artísticas o literarias equiparando su protección, es decir, desde los ADPIC merecen una protección de 50 años después de la muerte del autor, lo cual no se condice con la naturaleza del tipo de obra. Sólo basta imaginarse la vigencia de un programa de ordenador.
- Se regulan específicamente los derechos de arrendamiento comercial de programas de computación y obras cinematográficas.
- Se dejó al margen la regulación de la esfera de Internet, incluida la responsabilidad de los proveedores y la administración de nombres de dominio en relación con las marcas y

⁵⁷ Abbott, Frederick M. Compulsory Licensing for Public Health Needs: The TRIPS Agenda at the WTO after the Doha Declaration on Public Health. Occasional Paper N°9. Quaker United Nations Office. 2002.

las medidas tecnológicas de protección que sí han sido objeto de otros tratados bilaterales. (Art.1.1).

III. Obligaciones de los Estados en relación a los ADPIC

1. Obligaciones de los Estados con la ratificación de los ADPIC.

En términos generales los Estados partes se obligan a establecer en la legislación nacional procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.⁵⁸

Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso; serán justos y equitativos. No serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios. Las decisiones se adoptarán por escrito y serán razonadas; además contemplan revisión por una autoridad judicial competente cuando se trate de decisiones administrativas finales.

Dentro de estos están incluidos establecer procedimientos y sanciones penales, al menos, para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Nada de lo anterior implica la creación de una jurisdicción distinta, ni el compromiso de orientar nuevos recursos a los efectos de observancia de los derechos de DPI.⁵⁹

⁵⁸ Obligaciones generales (Sección 1: Artículo 41 ADPIC)

⁵⁹ OMC. Curso de Política Comercial. Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC (TRIPS) Capítulo 20. 2000.

a. Obligaciones en relación a patentes:

- Concesión de patentes: Los Miembros de la OMC deben ofrecer protección mediante patente para todas las invenciones, sean de *productos* (por ejemplo, un medicamento) o de *procedimientos* (por ejemplo, un método de producción de los componentes químicos de un medicamento), pero permitiendo ciertas excepciones. *Párrafo 1 del artículo 27.*
- La protección mediante patente debe durar como mínimo 20 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud de la patente. *Artículo 33.*
- No discriminación: En los regímenes de patentes de los Miembros no puede haber discriminación entre los *distintos campos de la tecnología*. Tampoco puede haber discriminación por el *lugar de la invención* o el hecho de que los productos sean *importados o producidos en el país*. *Párrafo 1 del artículo 27.*
- Que exijan sólo 3 requisitos para patentar una invención: debe ser nueva (una "novedad"), debe entrañar una actividad inventiva (no debe ser evidente) y debe tener "aplicación industrial" (debe ser útil). *Párrafo 1 del artículo 27.*
- Invertir la carga de la prueba en los procedimientos civiles relacionados a patentes de procedimientos.
- Excepciones limitadas a los derechos de patentes que no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros. Es decir, otorgar las licencias obligatorias o efectuar las importaciones paralelas de acuerdo con los más de 10 requisitos taxativos enunciados en el artículo 31 ADPIC.

Aún estando de conformidad con los ADPIC, establecer en general, limitaciones a los DPI, es una acción compleja. Incluso en situaciones en que esas limitaciones, y en especial, las importaciones paralelas están legalmente permitidas (como en los casos relacionados a resguardos de la Salud Pública) los Estados enfrentan serios ataques de parte de empresas y gobiernos extranjeros.

En Sudáfrica, donde alrededor de 6 millones de personas viven infectadas de VIH o enfermas con SIDA, 39 compañías farmacéuticas se unieron para demandar al Estado

por la promulgación de Ley “*Medicines and Related Substances Control Act*” de 1997 según la cual, se permitía importar (de países donde eran vendidos más baratos por acuerdos de patentes o por licencias) o producir localmente, medicamentos patentados para el tratamiento contra el SIDA. Esto ocurrió en el marco del *Treatment Action Campaign* (TAC) o Campaña de Acción gubernamental para el tratamiento de las personas con SIDA; las compañías titulares de las patentes alegaban que sus derechos se verían afectados por la ley. Luego de 3 años, en virtud de las consecuencias que tuvo publicitariamente, el caso fue desistido en la *Pretoria High Court*.⁶⁰

b. Obligaciones para las marcas:

- Otorgar protección a todos los tipos de marca, sin discriminar.
- Reconocer las marcas notorias.
- Incorporar normas sustantivas del Convenio de París de 1967 (art. 6 bis).
- Limitar las excepciones al uso leal teniendo en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca y de los terceros.
- Proteger por no menos de 7 años y renovar indefinidamente.
- Garantizar que la anulación por no uso, se haga efectiva sólo después de 3 años.
- No permitir licencias obligatorias.

c. Obligaciones en relación a los derechos de autor:

- Obligación de incorporar normas sustantivas del convenio de Berna del 71, del artículo 1 al 21, y su apéndice.
- Duración de la protección no inferior a 50 años.

⁶⁰ OXFAM. Dossier informativo sobre la demanda de las empresas farmacéuticas al Gobierno sudafricano. Sudáfrica vs. gigantes farmacéuticos. Abril 2001. Publicado por Intermón-Oxfam Fundación para el Tercer Mundo. P.11. Versión digital disponible en: http://www.intermonoxfam.org/cms/HTML/espanol/454/TRIPS_Sudafrica_vs_%20empresas.pdf f visitada: 7-6-08.

- Circunscribir las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

2. ¿Cómo se entienden esas obligaciones en el ámbito internacional?

No existe hasta ahora jurisprudencia concreta en relación al ADPIC. Ninguna controversia hasta ahora ha puesto de frente alguno de los derechos contemplados en el ADPIC con el derecho a la salud o algún otro derecho humano concreto.

Algunas decisiones de la OMC en torno a casos que han tocado temas relacionados con los que se investiga, son objeto de estudio más adelante. En el análisis de esas decisiones lo que se busca esclarecer es si el Órgano de Solución de Diferencias ha hecho en sus exámenes consideraciones de derechos humanos, o si algún país las ha planteado. Se indagan los criterios en los que basa sus decisiones con la intención de dilucidar si existen bases legales vinculantes que los obliguen a hacer un estudio desde esta perspectiva.

3. Consecuencias que acarrea el incumplimiento de esas obligaciones.

El incumplimiento de las obligaciones comerciales que en el ámbito internacional establece la OMC, acarrea el sometimiento al mecanismo de solución de diferencias de esa entidad. En el acta final de la Ronda de Uruguay, otro instrumento de ratificación obligatoria es el Acuerdo de Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias⁶¹. Éste tiene un mecanismo sencillo, breve y eficaz característico de las transacciones internacionales que necesitan ser expeditas para no perder efectividad.

Éste funciona de la siguiente manera:

⁶¹ Organización Mundial del Comercio. Acta Final de la Ronda de Uruguay. 1994. Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

a) Las consultas.

Se parte con las consultas, y requiere que los Miembros las entablen dentro de un plazo de 30 días a partir de la fecha en que otro Miembro solicite su celebración. Si no se accede a las consultas, el demandante puede solicitar directamente que se conforme el grupo especial más tardar en la reunión del OSD siguiente.

b) Métodos alternos de resolución de conflictos.

Es posible recurrir voluntariamente a los medios alternos de solución de diferencias, como los buenos oficios, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

c) El grupo especial.

En el caso de que transcurridos 60 días a partir de la solicitud de la celebración de consultas, no se haya llegado a una solución, la parte demandante puede solicitar el establecimiento de un grupo especial. Si las partes no lleguen a un acuerdo sobre la composición del grupo especial, el Director General está facultado para decidir el asunto. Debe finalizar su trabajo en un lapso de 3 a 6 meses dependiendo de la urgencia. Presentan un Informe en cual debe ser adoptado dentro de los 60 días desde su presentación. Salvo que el OSD decidiera por consenso no adoptar el informe que una de las partes notifique su voluntad de apelar.

d) La Apelación

El Órgano de Apelación, se encuentra integrado por siete miembros, de los cuales tres actuarán en cada caso. Sólo pueden apelarse las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste.

La duración de este procedimiento no deberá exceder de 60 días contados a partir de la fecha en que una parte notificara formalmente su decisión de apelar.

El informe resultante será adoptado por el OSD y aceptado sin condiciones por las partes en el plazo de 30 días contados a partir de su comunicación a los miembros salvo que el OSD adoptara por consenso una decisión contraria a su adopción.

e) Ejecución

Luego de adoptado el informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación, la parte correspondiente deberá informar de su intención en relación a la aplicación de las recomendaciones allí señaladas.

En caso de que no sea factible cumplirlas inmediatamente, se dará un plazo prudencial para hacerlo que se fijará por acuerdo de las partes y será aprobado por el OSD dentro del plazo de 45 días a partir de la adopción del informe (o se determinará mediante arbitraje dentro de los 90 días siguientes a la adopción).

Se hará compensación o la suspensión de concesiones en caso de no aplicación. Cuando no se llegue a un acuerdo, una parte en la diferencia podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones a la otra parte. El OSD la concederá en los 30 días siguientes. Preferiblemente se deberán suspender concesiones del mismo sector al que afectara el asunto, pero si esto no es posible o eficaz, podría efectuarse la suspensión en otro sector distinto del mismo acuerdo o incluso podría procederse a la suspensión de concesiones otorgadas en el marco de otro acuerdo.

Se supone que a través de este mecanismo de solución de diferencias se impide que un miembro por su cuenta, formule determinaciones de la existencia de infracciones o suspenda concesiones.

Se incorporan reglas para la solución de diferencias en las que no exista infracción de las obligaciones dimanantes de un acuerdo abarcado pero en las que, sin embargo, un Miembro considere que las ventajas resultantes para el pudiera eventualmente hallarse anuladas o menoscabadas.

- **Las reclamaciones no basadas en infracción**

Una característica novedosa, por lo menos en lo que a Derechos de Propiedad Intelectual se refiere, es la incorporación de un concepto totalmente nuevo en ésta área – pero ya antes previsto en el GATT-, el concepto de no violación proveniente del art.

XXIII.1 del GATT de 1947 el cual refleja la naturaleza ambigua del régimen de la OMC que no contiene elementos sólo jurídicos sino también políticos y económicos.⁶²

Las reclamaciones no basadas en una infracción, fundadas en ese concepto, son derechamente violatorias del principio de buena fe, ya que las mismas facultan el accionar de un Estado sobre la base de una apreciación subjetiva en la que la parte correspondiente no debe acreditar ni siquiera la existencia de un perjuicio directo, ni la inconformidad con una cláusula contractual.

Este tipo de reclamaciones están contempladas en el artículo XXIII 1b, 1c del GATT de 1994, e incluyen reclamos planteados en relación con el ADPIC o sencillamente vinculados a intereses en torno los DPI, ya que no es necesario que se haya vulnerado el acuerdo en sí mismo.

La normativa está prevista en los siguientes términos:

“cuando una parte considere que **directa o indirectamente**, una ventaja o privilegio resultante del acuerdo se halle **anulada o menoscabada** o que el cumplimiento de uno de los objetivos del acuerdo se halle comprometido a consecuencia de: *a*) que otra parte no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del Acuerdo; o *b*) que otra parte **aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del Acuerdo**; o *c*) **que exista otra situación**;

Dicha parte contratante podrá, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas.

Si las partes no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable, la cuestión podrá ser sometida a los contratantes. Estos últimos efectuarán una encuesta y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. **Si consideran que las**

⁶² Lacarte, Julio y Piérola, Fernando. “Estudio comparativo de los mecanismos de solución de diferencias del GATT y de la OMC ¿Qué se logró en la Ronda de Uruguay?” en: Lacarte, Julio y Granados, Jaime. Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales. Enfoques Multilaterales y Regionales, Buenos Aires, BID-INTAL-ITD, 2004, pp.13-32. Disponible en Internet: www.iadb.org/intal/aplicaciones/uploads/publicaciones/e.INTALITD IE 2004 solucion controversias_01.pdf.

circunstancias son suficientemente graves, podrán autorizar que se suspenda la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General". (resaltado propio).

Entonces, se abren las puertas a un accionar incluso por cualquier situación, en que una parte considere que indirectamente una ventaja o privilegio pudiera ser menoscabada. Esto es lo que se ha denominado mecanismo "*easy to trigger*" o un mecanismo de fácil acceso porque no requiere mayores extremos para encontrar legitimación para accionar.⁶³

Es menester destacar, que el Entendimiento de Solución de Diferencias contempla algunas normas adjetivas que permiten considerar la situación de los países en desarrollo y menos desarrollados en cuestiones relativas al procedimiento, para solicitar asistencia técnica de la secretaria de la OMC y para otorgar prórrogas en los plazos. Sin embargo, tales disposiciones, además de no abarcar las cuestiones substantivas, están generalmente condicionadas a haber sido alegadas por el país de que se trate.⁶⁴

⁶³ Las consecuencias de este tipo de mecanismos son difíciles de predecir, ya que faculta reclamos sin probar ni siquiera un menoscabo indirecto, y da paso a accionar por cualquier situación en la que se piense que eventualmente uno de los objetivos del acuerdo pudiera hallarse comprometido. En el caso del ADPIC, al no requerirse ni siquiera una medida que sea contraria al tratado, los países en desarrollo siendo demandados en la OMC, pueden acceder a obligarse a prestaciones de tipo ADPIC PLUS (las cuales se explican de seguidas).

⁶⁴ Muestra de esto son los artículos 4.10, 8.10, 12.10, 12.11, 21.2, 21.7, 21.8, 24, 27.2 del ESD de la OMC.

SECCIÓN SEGUNDA. DE LAS NORMAS ADPIC PLUS.

I. Precisando las normas ADPIC plus

1. Aproximaciones de la doctrina a la elaboración de un concepto de ADPIC PLUS.

La doctrina no ha sido exhaustiva en la elaboración de un concepto, se han limitado a clasificarlas como "todo lo que está por encima del ADPIC" o a expresar que "este tipo de acuerdos incluye obligaciones que van más allá de lo incluido o consolidado en las normas mínimas establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC"⁶⁵. También han establecido que estas normas generan especial preocupación entre los países en desarrollo, especialmente en el ámbito regional y bilateral. En términos generales se puede afirmar que existe consenso en la doctrina en clasificar cualquier disposición más exigente que los ADPIC, como normas ADPIC PLUS.

2. Definición de ADPIC PLUS.

Se han conocido como ADPIC plus, en general, todo lo que implica superar los parámetros de protección internacional de los Derechos de Propiedad Intelectual. Podemos definirlos concretamente, como todas aquellas normas o disposiciones que tienden a elevar los estándares de protección contenidos en el acuerdo sobre los ADPIC, que fue negociado multilateralmente en la OMC.

Vale resaltar que existen diversas formas de superar esos estándares, de maneras directas o indirectas. Directamente, se pueden conceder por ejemplo plazos más extensivos de protección de los derechos exclusivos; pero indirectamente a través de cambios en las legislaciones sobre competencia e inversión se pueden elevar los estándares, cuando se restringe la potestad del Estado de regular determinadas circunstancias en pro de la agronomía, salud pública, alimentación, entre otros.

⁶⁵ Ob. Cit. Vivas Eugui, Sisule Musungu, Pedro Roffe, Carlos Correa, entre otros.

3. Formas de generar normas ADPIC Plus:

1. Regulando las mismas materias que el ADPIC, pero de manera más estricta por medio de los TLCs.
2. Estableciendo normas -que se imponen desde arriba- y no están en el ADPIC a través de legislación de competencia, inversión, trabajo, ambiente.
3. Obligando a ratificar nuevos tratados a través de los TLCs bilaterales.
4. Acordando o cediendo en relación a interpretación de reglas en el OSD que superan lo establecido en el Acuerdo ADPIC. (Ilustrativos de éste tipo de normas son los casos de Brasil y Argentina revisados supra)

II. El ALCA Y TLCs bilaterales.

En el ámbito que se discute tenía especial relevancia la creación del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA), propuesta por EEUU en 1994, con el propósito de profundizar y ampliar los procesos de integración que se habían empezado a plasmar en algunos tratados subregionales y bilaterales. El fin último era eliminar las barreras para el comercio y la inversión e integrar las economías del hemisferio. Las negociaciones para completar el acuerdo debían finiquitar en 2005. Dentro de los temas incluidos en las negociaciones del ALCA, encontramos diversos temas relacionados con el comercio: acceso al mercado, subsidios, derechos compensatorios, antidumping, inversiones, servicios, agricultura, compras del sector público, políticas de competencia, y por último, pero no menos importante, los Derechos de Propiedad Intelectual.

¿Qué pretendía EEUU con el ALCA en materia de PI? ¿Por qué no se logró? ¿Cómo empiezan entonces los TLC bilaterales? Primeramente se procuraba establecer los estándares más altos de protección determinados a nivel mundial en un acuerdo regional. Lograr consolidar este esfuerzo suponía sentar en la región, las bases jurídicas que hacen obligatorios los nuevos estándares internacionales para los países del continente. Luego las presiones políticas de algunos países, como Venezuela, para repensar esos acuerdos de integración en función de los intereses y necesidades de los

países en desarrollo y abogar por el cumplimiento de objetivos además de económicos, sociales y culturales, no permitieron su concreción.

Vista la imposibilidad de cerrar las negociaciones para el año 2005, EEUU optó por celebrar acuerdos bilaterales de libre comercio con los países con los que le fuera posible.

Vivas-Eugui⁶⁶ identifica algunos asuntos sistémicos que se presentan en el borrador del ALCA⁶⁷:

- Interpretaciones legales más restrictivas. No hay principios, no hay preámbulo, la naturaleza de las obligaciones y el trato nacional.
- Creación de nuevas áreas de DPI.
- Aceptación a priori de acuerdos existentes y futuros sobre DPI. Se incorporan otros tratados exigentes o en vías de negociación.
- Ampliación de la materia objeto de patente y de los derechos que se confieren en el caso de las patentes.
- Expansión de los períodos de protección.
- Nuevos costos para la implementación y aplicación.

Es importante destacar que aún antes de que todos los países en vías de desarrollo hayan implementado los estándares de protección fijados por los ADPIC, los TLC bilaterales están exigiendo y generando un continuo avance de las normas proteccionistas de la PI que implican mayores obligaciones para los países en desarrollo -algunos de los cuales creen que pueden obtener ventajas comerciales significativas a cambio de la aceptación de normas ADPIC PLUS-. Es por esta razón que no están midiendo el impacto que esa clase de normas tiene en la obligación de garantizar el respeto de los derechos humanos, y en concreto en el derecho a la salud.

⁶⁶ Vivas- Eugui, David. Acuerdos Regionales y Bilaterales y un mundo más allá de los ADPIC: El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Documentos temáticos sobre los ADPIC. Nº 1. Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas, Ginebra. 2002.

⁶⁷ Con base en el borrador del Capítulo de Propiedad Intelectual del ALCA. 2001.

III. Obligaciones adicionales que se crean en materia de propiedad intelectual con la ratificación de los Tratados de Libre Comercio

Los ADPIC, como se explicó, vienen a fijar los estándares mínimos en materia de PI que a partir de su ratificación se van a implantar a nivel internacional. Los países miembros de la OMC, están obligados a ratificar el ADPIC y a cumplir con las exigencias que éste impone. Sin embargo, los TLC bilaterales en sus respectivos capítulos sobre los derechos de propiedad intelectual crean nuevas obligaciones. Esas obligaciones, en virtud de lo expuesto en secciones precedentes, necesariamente implican fijar parámetros más altos en materia de protección de la PI, con las consecuencias que de ello derivan en los temas de licencias obligatorias, importaciones paralelas y otras excepciones y limitaciones a este tipo de derechos. Estos nuevos parámetros plus y sus consecuencias se exploran a continuación.

¿Cuáles son normas ADPIC plus?

El **TLC EEUU-CHILE** de 2002⁶⁸, es reflejo de las nuevas obligaciones previstas en los TLC, conteniendo normas específicas de asuntos no tratados en el ADPIC, como los nombres de dominio en Internet, derechos conexos de artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, recursos contra la elusión de medidas tecnológicas de protección, recursos jurídicos efectivos para proteger la información sobre la gestión de los derechos y la protección de las señales satelitales portadoras de programas codificados. Por otro lado, dentro de los ámbitos que ya cubría el ADPIC, expande las esferas de protección de las marcas y de los productos farmacéuticos.

El “*fast track*” o vía rápida designa la facultad otorgada por el Congreso de los Estados Unidos al Presidente para suscribir acuerdos comerciales con otros países sin que sus términos puedan ser modificados luego. Con la Aprobación de su nueva legislación sobre derechos de autor “*Digital Millennium Copyright Act*” amenazan con

⁶⁸ TLC CHILE EEUU. Capítulo 17 de los Derechos de Propiedad Intelectual. 2002. Disponible en: www.usa.gov/chile/es/tlc.html. Visitada: 10-1-08.

suspender los beneficios que otorgan a otros Estados en sus exportaciones mediante el Sistema Generalizado de Ventajas o Preferencias Arancelarias o con otras sanciones de tipo económico.⁶⁹

El tratado conserva el principio de trato nacional, de no-discriminación entre nacionales de ambos países y, como consecuencia de la cláusula de la nación más favorecida del ADPIC, las ventajas, beneficios y privilegios otorgados por el TLC se entienden automáticamente otorgados a los nacionales de todos los demás miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

De la misma forma se evidencia en este tratado el aumento del término de protección para la mayoría de las obras, de 50 años que fijaba el ADPIC, a 70 años en virtud del TLC.

En especial, respecto de productos farmacéuticos la protección se hace más fuerte a través de diversas formas: 1) el reforzamiento de las disposiciones sobre autorizaciones sanitarias y de comercialización, 2) el ajuste del plazo de protección de una patente para compensar las demoras injustificadas que se susciten durante el proceso para su otorgamiento, 3) la prohibición de usar la información no divulgada relativa a la seguridad y eficacia de los productos farmacéuticos -durante 5 años desde la fecha de aprobación del permiso sanitario de comercialización-, y 4) el reconocimiento de que el otorgamiento del permiso de comercialización a terceros requiere el consentimiento o aquiescencia del titular de la patente. Es en este tema particular que se centran algunas de las discusiones más importantes a la luz de los derechos humanos, específicamente en relación al derecho a la salud por su afeción respecto del acceso a los medicamentos.

Una característica distintiva de este TLC es que contiene un preámbulo que señala objetivos y principios, y reconoce expresamente la Declaración de Doha⁷⁰, la que

⁶⁹ Schmithz V, Christian. El Tratado de Libre comercio Chile- EE.UU: Fuente de un Nuevo Derecho de Propiedad Intelectual. Revista de Derecho N° 12 -2004: p. 145-170. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Chile.

⁷⁰ OMC. Cuarta Conferencia Ministerial. Declaración Ministerial de Doha sobre los ADPIC y la salud pública, adoptada el 14 de noviembre de 2001 (Qatar). El capítulo siguiente aborda la declaración de Doha en relación a la Salud Pública, incluyendo su contenido y alcance.

adquiere especial relevancia sobre todo a los efectos hermenéuticos o interpretativos del mismo.

Contiene el compromiso de adherirse a nuevos tratados: Tratado de Cooperación en materia de Patentes (en adelante PCT) para el año 2007 y UPOV para el 2009, Tratado sobre el Derecho de Marcas (en adelante TLT), Convenio sobre Distribución de Señales Satelitales Portadoras de Programas Transmitidos por Satélite (Convención de Bruselas). Y un compromiso de realizar el mejor esfuerzo para adherir el Tratado sobre Derecho de Patentes (PLT) al Acuerdo de la Haya y al Protocolo del Arreglo de Madrid.

De la misma manera, contiene una especial Cláusula de No Derogación que establece que ninguna disposición puede ir en detrimento del ADPIC o de los acuerdos multilaterales firmados en el OMPI.

Incluye reglas más estrictas contra la elusión de medidas tecnológicas de protección, tratando de equiparar la legislación estadounidense "*Digital Millenium Copyright Act*" las cuales son lejos más severas que las preconcebidas en el marco de la OMPI, éstas impiden las excepciones y limitaciones al derecho de autor, impiden el acceso a obras que ya eran consideradas de dominio público, impiden la libre expresión y tienen carácter anticompetitivo⁷¹. Se equiparan los derechos del empleador y el licenciataria al creador en obras por encargo, así pueden no sólo ejercer los mismos derechos sino también gozar plenamente de los beneficios que de ellas deriven.

Una norma ADPIC plus por excelencia, es la que comprende el compromiso de realizar esfuerzos razonables para proponer una legislación que proteja las plantas mediante patentes en un plazo de 4 años.

Las excepciones se mantienen en los mismos términos del ADPIC. Contiene expresamente la "Excepción Bolar", mediante la cual los productores de medicamentos genéricos pueden hacer uso de un medicamento patentado para el solo efecto de solicitar el permiso sanitario o de comercialización de modo de que al momento en que expire la

⁷¹ Roffe, P. Ob cit. supra. Pág. 28.

patente se encuentren preparados para ingresar sus genéricos al mercado, evitando prolongaciones fácticas de la protección.

Se prevé, como única causal para anular o revocar una patente, el hecho de que existan circunstancias o hechos que hubiesen impedido el otorgamiento de la misma.

Más normas ADPIC Plus son las que se generaron en el TLC en torno al requisito de novedad de las patentes, que se flexibiliza previendo la posibilidad de divulgar una invención en los 12 meses anteriores. Se extiende el término de protección de las patentes en caso de demoras injustificadas de parte de las autoridades correspondientes. Permiten actuación de oficio, no sólo para mercaderías falsificadas importadas, sino para mercaderías en tránsito y para la exportación.

Otro dato que llama la atención es que el TLC contempla su propio mecanismo de solución de controversias, permitiendo seleccionar el procedimiento de solución de controversias de otro tratado, pero el foro elegido será excluyente. Es curioso que se haya previsto otro mecanismo de solución de diferencias, cuando se ha alegado continuamente la eficacia y eficiencia del OSD del órgano multilateral de la OMC. Se debe prestar especial atención al hecho de que ese mecanismo pudiera servir para legitimar la aplicación de sanciones unilaterales en relación a los DPI.

En el **Tratado de EEUU con CAFTA-RD**⁷² las partes se obligaron a adherir los nuevos tratados de Internet de la OMPI (TODA: Tratado sobre Derechos de Autor y TOIEF: tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas) a la entrada en vigor del acuerdo. Aunque República Dominicana, que era el único que faltaba, se adhirió en enero de 2006, al PCT, al Tratado de Budapest, Convenio de Bruselas y al TLT, a UPOV; se le otorgaron plazos más extensos a Nicaragua y Costa Rica. Los Estados pactaron el mismo compromiso que Chile de hacer el mejor esfuerzo por ratificar los mismos 3 tratados.

⁷² TLC. EEUU con CAFTA-RD. Capítulo 15 sobre los Derechos de Propiedad Intelectual. Disponible en: <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/textofoliado/15.Derechos%20de%20Propiedad%20Intelectual/capitulo15.pdf>, consultada: 7-5-08.

Importa sanciones penales para la protección de señales satelitales portadoras de programas codificados, mientras estas mismas disposiciones permiten en el tratado con Chile, que el país elija el carácter civil o penal de las sanciones.

También contiene el compromiso de mejor esfuerzo por proponer una legislación que permita el patentamiento de plantas, pero no se establece plazo para el mismo. Las excepciones se mantienen en los mismos términos que el ADPIC.

Se hace referencia al Convenio de París en relación a la causa de revocación que permite evitar abusos de derechos de parte de los titulares, en caso de fraude, falsa representación o conducta injusta.

En torno al requisito de novedad de las patentes, se flexibiliza previendo la posibilidad de divulgar una invención en los 12 meses anteriores a la solicitud, cosa que no estaba prevista en el ADPIC. Se extiende el término de protección de las patentes en caso de demoras injustificadas de parte de las autoridades correspondientes. Se comprometieron a resguardar, por un plazo de 5 años, la información no divulgada que se entrega a las autoridades de salud. Se comprometieron igualmente a negar el permiso sanitario o de comercialización antes del vencimiento de la patente, salvo que exista consentimiento o aquiescencia del titular. Es decir, no se encuentra aquí la Excepción Bolar que permitiría ir fabricando el genérico un poco antes de la expiración del lapso de la patente, evitando prórrogas fácticas del período de vigencia del derecho. Esta excepción, como se vio, sí estaba prevista en el tratado con Chile. Este tipo de disposición acarreará consecuencias en la potestad de otorgar licencias obligatorias.

Permiten actuación de oficio, no sólo para mercaderías importadas, sino para mercaderías en tránsito y para la exportación respecto, ya no para productos falsificados sino para toda clase de productos. Contempla su propio mecanismo de solución de controversias, permitiendo seleccionar el procedimiento de solución de controversias de otro tratado, pero el foro elegido será excluyente.

Estados Unidos y otros TLC. EEUU demarcó lo que constituye su política comercial bilateral relacionada con la propiedad intelectual en el acuerdo de concluyó en

el año 2000 con Jordania. En éste se creó un área de libre comercio que por sus propias características, implicaba la creación de normas más allá de los ADPIC o plus. Una revisión de los tratados firmados con Singapur, Laos y Vietnam evidencia la propagación de esa misma tendencia.

Desde entonces, también los Estados Unidos ha concluido acuerdos de libre comercio por lo menos con los siguientes países: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y recientemente República Dominicana (CAFTA). Australia, Israel, Marruecos y los 5 países de la Unión Aduanera de África del Sur. Todos los cuales contemplaban igualmente normas de carácter ADPIC plus.

Otro ejemplo, es el tratado que en materia de DPI se concluyó entre EEUU y Ecuador (1993), que establece entre otras cosas, protección plena en materia de derechos de autor, marcas comerciales y patentes incluyendo la protección de los procesos para los productos farmacéuticos, programas informáticos, y secretos industriales. Entonces Ecuador se comprometió ante la OMC ha implementar el ADPIC antes de 1998, y lo hizo, a pesar de que el lapso de entrada en vigencia para los países en desarrollo era mucho más amplio.

El tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Singapur (2003), por su parte, se caracteriza por las amplias restricciones para otorgar licencias obligatorias de productos patentados, en especial de los medicamentos, e incluso respecto de las importaciones paralelas estableciendo importantes obstáculos a la importación de medicamentos patentados que se vende a mejores precios en otros países.⁷³

IV. Situación de la Propiedad Intelectual en países en desarrollo.

La evaluación de la situación de la Propiedad Intelectual para los países en desarrollo, pasa por entender el papel que los mismos han jugado, por lo menos, desde el

⁷³ Una revisión exhaustiva de cada uno de los capítulos de PI, en TLCs firmados por Estados Unidos escapa el ámbito cubierto por esta investigación. Para más información se puede consultar: http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Section_Index.html (última visita: agosto 2008)

surgimiento de la OMPI. Por el principio de “un Estado, un voto”, los países en desarrollo superaría en número a los desarrollados para la toma de decisiones en el organismo multilateral. De esa manera, empieza desde los años 70 el auge de los reclamos por un régimen de PI acorde a las necesidades de desarrollo. Las mayores presiones se centraron en la exigencia de mejores condiciones para las transferencias y acceso a las tecnologías.⁷⁴

El principio de “estándares mínimos” fijado con los ADPIC y el concepto del “todo único (*single undertaking*)” en la OMC han hecho más complejo el proceso de elaboración de tratados multilaterales desde la OMPI, pues antes de esto, los países en desarrollo podían debatir e intentar hacer valer sus pretensiones y de cualquier manera tenían la opción de tomar decisiones estratégicas de no participar de tratados o estipular excepciones a las normas que estimaban contrarias a sus necesidades e intereses. Ahora sólo cuentan con la opción de elegir una forma de participación apropiada para defender sus posiciones.

El principio de consideración especial en el tratamiento y en el estatus de los países en desarrollo⁷⁵, era un principio internacionalmente consolidado, que se ha ido vulnerando cada vez más, primero con la ratificación del ADPIC y luego con los TLCs. Como se dijo antes, establecer un lapso mayor para la entrada en vigencia de las disposiciones, no representa ninguna consideración substantiva respecto del especial estado de estos países para los cuales deberán, de ahora en adelante, aplicar los mismos niveles y estándares de protección de derechos intelectuales (de carácter económico) que

⁷⁴ Las repetidas conferencias diplomáticas para la revisión del Convenio de París, son muestra de esas presiones, en especial en el área de licencias obligatorias. Y el Protocolo de Estocolmo referido a derechos de autor para permitir mayor acceso a materiales protegidos.

⁷⁵ Este es un principio de larga data que encuentra sus bases en el derecho de igualdad y no discriminación, sus primeras manifestaciones pueden encontrarse en el GATT desde 1955 y luego en 1962 en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Para más información consultar: Heredero de Pablos, Maria Isabel. *Los Países en Desarrollo en el Sistema Multilateral de Comercio*. En: Revista Análisis Económico, Segundo Semestres, Año/Vol XVII, número 036, Universidad Autónoma Metropolitana. Distrito Federal, México. 2002. Pág.178-198.

los países desarrollados.⁷⁶ La Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual de Reino Unido ha hecho observaciones a la OMC en este sentido.⁷⁷

Los medios para facilitar el acceso y la difusión de la tecnología han sido considerados como herramientas indispensables para procurar el desarrollo. Los países en vías de desarrollo han luchado internacionalmente porque las normas de propiedad intelectual permitan hacer viables esos medios.⁷⁸ En principio, el ADPIC pretendía reflejar algún balance entre los estándares mínimos que se querían fijar y las inquietudes relativas a las posibilidades reales de desarrollo en un contexto tan proteccionista. Debido a esas consideraciones y la importante influencia que ejerce la oficina de asistencia técnica de la OMPI, parece difícil que las necesidades de los países en desarrollo sean tomadas en cuenta en la elaboración de normas multilaterales luego de los ADPIC.⁷⁹

Para lograr que realmente los países en desarrollo tengan una presencia y una voz significativa en los foros internacionales es necesario que los mismos unifiquen criterios y organicen esfuerzos de manera conjunta, sostenida y perseverante. Esta actitud también debe estar alentada por un cambio para una estrategia más activa y menos reactiva de aproximarse a los debates en la OMC o en la OMPI respecto de la transformación del sistema de PI. Dejar de guiarse exclusivamente por las pautas para elaboración de normas que se dictan desde Estados Unidos y la Unión Europea en base a los intereses económicos de sus empresas, también puede dar claves para un mejor

⁷⁶ Ver Art. 1(3)(iv) del GATT de 1994. Decisión sobre la Diferenciación y Trato Más Favorable, Reciprocidad, y mayor participación de los países en desarrollo. GATT 26th Supp. BISD 203 de 1980, p.205 Art. XXXVI (8) y su nota interpretativa en el Anexo I del GATT

⁷⁷ Commission on Intellectual Property Rights, United Kingdom. WTO TRIPS Agreement and Its Implications for Access to Medicines in Developing Countries, Study Paper 2a, November 2001 (En: <http://www.iprcommission.org>, visitada: 8/8/08)

⁷⁸ Para una investigación más profunda sobre la situación de los países en desarrollo y la PI consultar: Drahos, Peter. "Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting". In: *The Journal of World Intellectual Property*. 2002. Pag.765-790

⁷⁹ Musungu, Sisule F.y Dutfield, G. Ob. Cit. Explican bien la labor de la oficina de asistencia técnica cuestionando si realmente se trata de brindar asistencia técnica o influencia técnica en los países en desarrollo.

acercamiento a la forma de sentar posiciones claras respecto de lo que se quiere y se necesita.

Otro problema tiene que ver con el hecho de que los países en desarrollo buscan asistencia técnica de la OMPI en materia de ADPIC, cuando esta organización es actualmente la principal generadora de normas ADPIC PLUS en el contexto multilateral, no existiendo otro referente al respecto. Mientras tanto, en el plano bilateral, principalmente EEUU, sigue elevando cada vez más los estándares de protección para los países pobres. Como es sabido, Estados Unidos promueve principalmente en este campo la protección de marcas notorias, la protección patentaria de formas de vida, el condicionamiento del otorgamiento de licencias obligatorias, la reducción de flexibilidades respecto del agotamiento de derechos, la ratificación de nuevos tratados multilaterales de carácter plus, entre otros.

Hay autores que sostienen que para que los países en desarrollo de la OMC puedan atender los intereses vitales de la salud pública deben proponer una reforma de los ADPIC que elimine el artículo 31 (f) (que propone que las importaciones paralelas sean predominantemente para suplir el mercado local) para que sea consistente con el párrafo 4 de la Declaración de DOHA. De la misma forma, deberían proponer que el artículo 8.1 sea consistente con las provisiones de bienes y servicios GATT y GATS⁸⁰. Igualmente estos países deberían requerir una interpretación formal del artículo 30 que dé conocimiento explícito del alcance que tiene el derecho de los miembros de autorizar excepciones para producir, vender y exportar invenciones relacionadas a la salud pública sin el consentimiento de los titulares en ciertas circunstancias.

Otra recomendación es que estos países pongan en la Agenda del Consejo de los ADPIC la propuesta de reformar el artículo 27.3 a de manera que permita establecer excepciones a las materias patentables cuando se trate de protección de invención relacionadas con la salud pública.

⁸⁰ Abbott, Frederick. Compulsory Licensing for Public Health Needs: The TRIPS Agenda at the WTO after the Doha Declaration on Public Health. Occasional Paper 9. Ginebra. 2002. p.57.

Toda esta situación culminó en una reforma que terminó impactando el Acuerdo sobre los ADPIC, y que básicamente reiteró el derecho de los países de otorgar licencias obligatorias de conformidad al artículo 31 y confirmó que el Artículo 6 autoriza a cada país a decidir su propio régimen de agotamiento de los derechos, pero que dejó abierta para discusión posterior la cuestión de la exportación de productos producidos bajo licencia obligatoria.

En agosto del 2003 una Decisión del Consejo General de la OMC aprobó una exención que elimina las limitaciones a las exportaciones en el marco de licencias obligatorias para países que no pueden fabricar por sí mismos los productos farmacéuticos. Esta exención, inicialmente temporal, se hizo permanente con la aprobación en diciembre de 2005 de una enmienda al Acuerdo de los ADPIC que incorpora un nuevo artículo 31bis que consagra el contenido de la Decisión de 2003.⁸¹

El texto quedó expresado así:

“Artículo 31bis

1. Las obligaciones que corresponden a un Miembro exportador en virtud del apartado f) del artículo 31 no serán aplicables con respecto a la concesión por ese Miembro de una licencia obligatoria en la medida necesaria para la producción de un producto o productos farmacéuticos y su exportación a un Miembro o Miembros importadores habilitados de conformidad con los términos que se enuncian en el párrafo 2 del Anexo del presente Acuerdo.”

Desde la implementación de esta decisión la OMC aceptó incorporar a su régimen jurídico la visión propuesta por los países en desarrollo, según la cual, el derecho humano a la salud prevalece sobre las pretensiones de compañías transnacionales apoyadas por sus gobiernos, basadas en una concepción particular de las características y el impacto económico de la propiedad intelectual y su expresión jurídica en los derechos de los ADPIC.⁸²

⁸¹ Fortín, Carlos. Régimen Jurídico del Comercio Internacional y Derechos Humanos: una Compleja Relación. En: Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. 2008.

⁸² Idem.

De esa manera, se ha considerado que la decisión aún cuando no resuelve totalmente el asunto, representa un paso importante en el esfuerzo de incorporar una perspectiva de derechos humanos al régimen jurídico del comercio internacional.

En conclusión, desde la ratificación de los ADPIC los nuevos estándares de protección de los derechos de propiedad intelectual se han implantado internacionalmente. Los TLC bilaterales, atendiendo al principio de estándares mínimos, manifiestan una clara tendencia a incrementar aún más los estándares de protección.

Una de las obligaciones básicas que conlleva adecuarse a esos estándares es la protección cada vez más fuerte mediante patentes de productos farmacéuticos, restringiendo consecuentemente las posibilidades de hacer uso de las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos (de los titulares de las patentes) a través de licencias obligatorias o importaciones paralelas.

El no poder utilizar efectivamente esas restricciones incide en el acceso a medicamentos de parte de los grupos más vulnerables, pues, durante el tiempo que los productos son protegidos mediante patentes se incrementan los costos artificialmente para recuperar los costos de inversión y se impide la fabricación de genéricos o alternativos. Implica también que los Estados tengan que costear medicamentos de alto precio protegidos por patentes, frente a la obligación de proteger los derechos humanos como la vida o la salud.

En especial, los países en desarrollo tienen problemas para armonizar el cumplimiento de las obligaciones de los ADPIC con el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos. Ellos han abogado por reformas a los ADPIC que den más espacios para utilizar las excepciones o establecer límites a los derechos exclusivos en favor de la salud pública.

La decisión de la OMC en 2005 de enmendar el ADPIC implica un avance que elimina las limitaciones a las exportaciones en el marco de licencias obligatorias para países que no pueden fabricar por sí mismos los productos farmacéuticos. Sin embargo, el problema subsiste cuando aun la OMC a través de sus órganos de solución de diferencias no ha explicitado la posibilidad de hacer consideraciones de derechos

humanos cuando se demanda el cumplimiento de los altos estándares establecidos en los ADPIC.

Como se ha observado en esta sección los países en desarrollo lejos de intentar cumplir con sus obligaciones en derechos humanos cuando son demandados en la OMC normalmente acceden a obligarse aún más allá de lo prefijado en el ADPIC (generando para sí mismos obligaciones ADPIC PLUS). Es necesario crear las bases para que el análisis que se haga de los ADPIC en la OMC sea más amplio y tenga presente que si bien es necesario dar cumplimiento a las obligaciones comerciales, también las obligaciones que derivan de los tratados en materia de derechos humanos deben ser satisfechas, de manera que los Estados puedan armonizar y dar cumplimiento cabal a la totalidad de sus obligaciones en el ámbito del derecho internacional.

SECCIÓN TERCERA. DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El ADPIC es el tratado que actualmente rige casi todas las áreas de la propiedad intelectual. Las diferencias que en torno a él se susciten tienen que resolverse en ámbito de la Organización Mundial de Comercio.

El Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC, en su art. 3. 2, expresa que “los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los mismos, **en el marco de los acuerdos abarcados** y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con **las normas usuales de interpretación del derecho internacional público**. Las recomendaciones y resoluciones del OSD **no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados**”.

El ADPIC es uno de los acuerdos abarcados por la OMC y por tanto, debe ser examinado por los OSD, conforme a las normas usuales de interpretación del derecho internacional público cuya fuente principal es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Convención de Viena desde su preámbulo reafirma el principio de derecho internacional sobre “*el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades*”⁸³. Pero además esta Convención nos remite, a través de lo previsto en el art. 31.3a, a la Declaración de Doha en relación a los ADPIC y la Salud Pública, para la interpretación de las excepciones y limitaciones a los derechos en el contexto de la salud. Esas pautas son vinculantes para los miembros de la OMC también por disposición del artículo IX del GATT.

El artículo 31.3c de la Convención de Viena obliga a considerar igualmente, “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a la relación entre partes”, así se incorporaría la necesidad de estudiar en los OSD-OMC, el Pacto de Derechos

⁸³ Convención de Viena. Preámbulo, sexto párrafo infine. Contemplado también en la Carta de Naciones Unidas, art. 1.3.

Económicos, Sociales y Culturales, en especial, las disposiciones del art. 15 que plantean el debido balance entre los interés públicos y privados en relación a la propiedad sobre el conocimiento y la difusión de la información, en correspondencia con el art. 12 que estipula el derecho a la salud como derecho social que debe garantizarse sin discriminación, y el art. 5 *ejusdem* que contempla el principio de progresividad de los derechos humanos, en virtud del cual no pueden violarse, limitarse, restringirse o menoscabarse los derechos contenidos en él.

La mayor parte de los países miembros de la OMC han ratificado el Pacto de los DESC, sin embargo, aquellos que no lo han ratificado siguen obligados por el carácter *jus cogens* de las normas prohibitivas de discriminación respecto al Derecho a la Salud (en particular lo relacionado al acceso a medicamentos), no pudiendo excusarse en el pretexto de que no es una norma aplicable a la “relación entre las partes”. De la misma forma, una resolución del OSD frente a un caso concreto, donde exista una situación de tensión entre los DPI y los DHHH, debe sopesar ambos derechos e inclinar la balanza hacia uno de ellos sin que esto pueda considerarse “un aumento o reducción de los derechos” contenidos en el tratado. Efectuar este tipo de balances es propio de la labor interpretativa de los órganos juzgadores.

Es por todo lo precedentemente expuesto, que un Estado demandado en la OMC por el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los ADPIC y ADPIC plus en relación a las patentes de productos farmacéuticos, puede elaborar una defensa legítima planteando que las restricciones a los derechos de los titulares que se basan en el cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos, en especial, para garantizar el derecho a la salud y a la vida de las personas sometidas a su jurisdicción.

Para que la OMC haga un correcto análisis de los ADPIC, de acuerdo con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, es necesario comprender que debe ponderar un tratado comercial y un tratado de derechos humanos, pero éstos últimos tienen una naturaleza y características especiales que inciden en su forma de interpretación.

La sección que sigue se encarga primeramente de dilucidar cuáles son las particularidades que presentan los tratados de derechos humanos y que consecuencias acarrea esa naturaleza especial en la labor interpretativa de los mismos. Luego, se abordan las obligaciones que incumben a los Estados en esta materia, y cuál es el impacto que tienen los DPI respecto del derecho a la vida y a la salud en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales, comprendiendo su consagración, contenido y alcance a la luz del derecho internacional. Finalmente, se concluye el capítulo con reflexiones desde la óptica de los derechos humanos respecto de la situación de los conocimientos tradicionales de las poblaciones indígenas como grupo de especial vulnerabilidad.

I. Particularidades de los Tratados de Derechos Humanos.

La primera diferencia que nos permite distinguir un tratado de derechos humanos de un tratado comercial como el ADPIC, es que “los tratados de derechos humanos, prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivo que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente y enfatizan el predominio de consideraciones de interés general o de orden público que trascienden los intereses individuales de las partes contratantes”.⁸⁴ Ese carácter esencialmente objetivo deriva de los órganos de supervisión creados por ellos mismos, la jurisprudencia constante de los tribunales regionales y además de las interpretaciones de los órganos internacionales de la ONU (en el sistema universal).

La naturaleza especial de los tratados de derechos humanos tiene incidencia en su modo de interpretación. La Corte Europea de Derechos Humanos⁸⁵ y la Corte

⁸⁴ Cançado Trindade, Antonio A. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Ob cit. supra. Pág.54

⁸⁵ Ver Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Irlanda vs. Reino Unido. Sentencia del 18.01.1978.

Interamericana⁸⁶ ya han dejado sentado que esta clase de tratados no pueden ser interpretados a la luz de concesiones recíprocas, como en los tratados clásicos, pero sí en la búsqueda de la realización del propósito último de la protección de los derechos fundamentales del ser humano.

El *Principio de Efectividad*, requiere interpretar las disposiciones de los tratados de forma que tengan efecto (*ut res magis valeat quam pereat*), el artículo 31.1 de la Convención de Viena, dispone que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. En otras palabras, este principio demanda considerar cuáles son los efectos propios del tratado y tener presente que si el mismo se rige por el derecho internacional, la evolución de este último puede tener consecuencias en la interpretación del mismo. Su relación con el Art. 31.1 está en que el contexto y el objeto y fin deben ser tomados en cuenta siempre, no sólo como subsidiarios si los términos no son claros.

La autonomía de los conceptos consignados en los tratados de derechos humanos es otro aspecto relevante a ser considerado por un juzgador. Implica que los términos y conceptos consagrados en esta clase de tratados son independientes de cualquier sistema jurídico nacional (y de las definiciones que en ellos se hagan en torno a los mismos). Esto se debe a que a pesar de que los tratados de DDHH prescriben directrices en la relación del Estado con los sujetos a su jurisdicción, también guardan un sentido, objeto y fin común que es atendido por todas las partes contratantes.

También vale resaltar la importancia que tienen para la hermenéutica jurídica los preámbulos de los tratados cuando ellos contienen o describen sus propósitos y objetivos básicos. En los dos Pactos de Naciones Unidas, por ejemplo, se refleja “el ideal del ser humano libre, librado del temor y de la miseria”⁸⁷. Las Convenciones de Viena, por su

⁸⁶ Consultar Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre el efecto de las Reservas en la Entrada en vigor de la Convención Americana. 1982.

⁸⁷ Párrafo 3 en el Preámbulo de ambos Pactos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966.

parte, contienen en sus preámbulos la afirmación del principio de respeto y observancia universal de los derechos humanos. (Sexto párrafo infine).

De la misma forma, se debe observar que esta clase de tratados obedecen a una interpretación teleológica y progresiva de los Derechos Humanos. El carácter progresivo y los logros de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no permiten interpretaciones restrictivas o que conlleven menoscabo de los derechos y libertades.

Existen además directrices específicas de interpretación de los tratados de derechos humanos. El artículo 29 de la CADH por ejemplo, señala que: “ninguna disposición de la Convención puede ser utilizada para suprimir, limitar o excluir derechos y libertades”, no sólo en esa Convención, sino que se extiende incluso para la interpretación de otros tratados de Derechos Humanos en relación a esta última.⁸⁸

La especificidad de los tratados en derechos humanos afecta -además de su interpretación- la terminación o suspensión, denuncia y reserva de los mismos. El artículo 60. 5 de la Convención de Viena que contempla la suspensión o terminación de un tratado por su violación, exceptúa las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario. Los tratados de derechos humanos por ser distintos a los clásicos requieren una interpretación y aplicación orientadas por los valores comunes y superiores en los que éstos se basan cuando se inspiran en la garantía colectiva (no voluntarista) de los derechos del ser humano.

El concepto de interpretación dinámica o evolutiva de los Derechos Humanos, no implica ni quiere decir, que se pretenda una interpretación del todo contraria o contrapuesta a una interpretación normal de conformidad Convención de Viena. Pero sí requiere una interpretación uniforme del *Corpus Juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que busque el efecto útil de las normas en la interpretación, para

⁸⁸ Cançado Trindade, Antonio A. Ob cit. Pág 256.

lograr efectos más apropiados y la vez tender a la humanización del derecho de los tratados.

Todos estos aspectos que diferencian el contenido, la forma de examinar y de interpretar los tratados de derechos humanos tendrán que ser guías orientadoras en la labor hermenéutica de los entes juzgadores, aún en sede económica. Los OSD de la OMC están obligados a examinar el ADPIC de conformidad con las normas usuales de interpretación de los tratados que contienen el principio de respeto y observancia universal de los derechos humanos. Pero además, deben tener en cuenta toda forma de derecho internacional pertinente, entre las cuales destacan las obligaciones que imponen el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración de Doha en relación a los ADPIC y la Salud Pública.

II. Obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos.

Una mirada integral desde el derecho internacional requiere que el estudio de ADPIC y ADPIC PLUS sea lo suficientemente amplio para considerar además del derecho económico o comercial, las perspectivas de otras disciplinas jurídicas que coexisten en ese todo único.

El derecho internacional de los derechos humanos impone también obligaciones especiales a los Estados, las cuales deben armonizarse y complementarse con las obligaciones impuestas en el ADPIC y a través de los ADPIC PLUS, por eso, comprender cabalmente ¿Cuáles son las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos? y ¿Qué contenido y alcance que se les ha dado a esas obligaciones en la doctrina y la jurisprudencia internacional? es fundamental para esta investigación en la medida que sienta las bases sobre las cuales pueden generarse dinámicas de interacción más integrativas, humanas y holísticas entre estas dos disciplinas jurídicas.

La Segunda Guerra mundial fue el momento histórico durante el cual se conocieron los extremos más crueles de inhumanidad que impactaron con fuerza la

sociedad mundial y determinaron la creación de una conciencia internacional. De allí emana la construcción de nuevo orden mundial que encontró como bases tres preocupaciones humanitarias fundamentales a saber: el sistema de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Refugiados.⁸⁹

El sistema internacional de derechos humanos está inserto en un marco más amplio que luego de la Segunda Guerra Mundial, pretende crear un orden jurídico supranacional que limite los poderes de los Estados *vis a vis* los derechos de las personas.

En ese orden se distingue una primera etapa, que viene marcada por la creación de la Organización de Naciones Unidas y en el ámbito regional se manifiesta a través de la creación de la Organización de Estados Americanos.⁹⁰ También son expresiones de este momento la ratificación de las principales declaraciones y convenciones internacionales.

La doctrina ha caracterizado esta etapa señalando que ella implicó: “a) comienzo del fin del concepto de soberanía tradicional de carácter hermético, b) incorporación de la persona humana como objeto y sujeto del Derecho Internacional; c) comienzo de la internacionalización de la ética política”.⁹¹

Una segunda etapa en este campo fue la promovida por las organizaciones no gubernamentales como actores de influencia en el ámbito internacional y finalmente, se reconoce la existencia de una tercera etapa de lucha contra el terrorismo.

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos la doctrina y la jurisprudencia han sido constantes en señalar que los Estados tienen dos obligaciones principales, cuales derivan del art.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos –entre otros instrumentos jurídicos⁹²-.

⁸⁹ Zalaquett Daher, José y Nash Rojas, Claudio. Proceso Penal y Derechos Humanos. Revista de Derecho Procesal 2004. Versión puesta al día en lo que atañe a la jurisprudencia para el Curso “Derechos Humanos desde una perspectiva internacional” del Magíster en Derecho. 2007. Universidad de Chile. P.44

⁹⁰ Para más datos históricos en relación al Sistema Interamericano anterior a la Convención Americana de Derechos Humanos consultar: Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Andros. Santiago. 2007. páginas de la 13 a la 16.

⁹¹ Zalaquett Daher, José y Nash Rojas, Claudio. Ob Cit. Pág.3

⁹² Del mismo tenor son los art.1 y 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Y esas mismas obligaciones se desprenden de la Convención Europea de Derechos Humanos (1953), según lo ha

La primera de estas obligaciones es la de *respetar* los derechos humanos de todas las personas sujetas a la jurisdicción, comprende que el mismo Estado y sus Agentes no sean los sujetos activos de violaciones contra los derechos humanos establecidos en la Convención, por lo general, se entiende como una obligación negativa o de omisión. Implica según lo ha dicho la Corte Interamericana “respetar derechos y libertades” y reconocer que el ejercicio de la función pública tiene límites representados por los derechos humanos en tanto éstos son inherentes a la dignidad humana y por tanto, superiores a los poderes del Estado. Esta es la que se denomina en doctrina obligación principal o directa.⁹³

La segunda, es la de *garantizar* los derechos y exige al Estado emprender acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a esa jurisdicción estén en capacidad de ejercerlos y de gozarlos efectivamente. Es siempre una obligación positiva o de acción.⁹⁴ La obligación de garantizar entonces, conlleva la organización de todo el Estado y su aparato gubernamental – en cualquiera de las estructuras a través de las cuales este se manifiesta- para que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. La consecuencia, es el deber de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos, el restablecimiento de los derechos conculcados –cuando sea posible-, y la reparación de los daños. A través de esta obligación se procura impedir la existencia de situaciones de impunidad y de ella deriva el derecho a la verdad, desarrollado jurisprudencialmente.⁹⁵

Las mencionadas supra, son obligaciones internacionales de carácter general, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, existen obligaciones particulares de los Estados en torno a los derechos económicos, sociales y

declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de la Declaración Universal (1948) tal como lo ha dejado sentado el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

⁹³ Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Andros. Santiago. 2007. p 229.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Para ahondar sobre el derecho a la verdad, revisar los siguientes casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Barrios Altos, párrafos 47-48 (Sentencia 14 de marzo de 2001); Bámaca Velásquez (Sentencia del 25 de noviembre de 2000), párr. 201; Castillo Paez, párr. 86 (Sentencia 3 de noviembre de 1997).

culturales de las personas. Las Obligaciones distintas en torno a estos derechos son: *Respetar, Proteger, Asegurar y Promover* los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no interferir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituye el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de asegurar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por si mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que postulares del derecho accedan al bien.⁹⁶

Además el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (órgano de Naciones Unidas encargado de interpretar y presentar comentarios y observaciones en relación a la aplicación efectiva del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) ha desarrollado el contenido y alcance de las obligaciones específicas del derecho a la salud. Vale resaltar que el análisis de las obligaciones en materia de derechos humanos, conlleva además, interpretar esas obligaciones a la luz del principio general de no discriminación.⁹⁷

III. La doctrina de los derechos económicos, sociales y culturales y sus aportes

¿Qué sucede con los derechos que no tienen “exigibilidad inmediata”? ¿Cómo interpretar el derecho a la salud en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales? ¿Cuáles son los avances de la doctrina en este sentido? En este apartado se dará respuestas a estas preguntas a la luz de las nociones contemporáneas.

⁹⁶ Abramovich, Victor y Courtis, Christian. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Editorial TROTTA. 2002. España. 254p.

⁹⁷ Bayesfsky, Anne F. El principio de Igualdad y no Discriminación en el Derecho Internacional. Título original: “The principle of equality or non-discrimination in International Law”. Human Rights Journal. Vol. 11. N°1-2. 1990. Pág 1-34. Traducción del Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Crecieron apartados de los Derechos Civiles y Políticos, derivados de la tensión ideológica del enfrentamiento de dos paradigmas en la post guerra. Se reflejó en la creación de dos pactos internacionales distintos.

Los derechos civiles y políticos, conjuntamente con estos, forman un todo armónico e indivisible.⁹⁸ Sin embargo, antiguamente se creyó que los Derechos Civiles y Políticos eran de aplicación inmediata y requerían abstención de parte del Estado, y que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales requerían actuación positiva de parte del mismo, y por tanto, su realización era progresiva. La realidad es que ambos catálogos de derecho contemplan la posibilidad de realización progresiva, e importan en lo que atañe a las obligaciones del Estado, tanto obligación negativa o de respeto, como obligación positiva de acción y garantía. La Declaración Universal, la Carta Social Europea, así como también la Declaración Americana superan la dicotomía manifestada en el pasado.⁹⁹

Se reconoce actualmente que sin los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos tienen poco sentido. En la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹⁰⁰ se proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos, afirmando que la realización plena de derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Todo lo cual da evidencia de la complementariedad e interacción de las dos clases de derechos.

Implicó la creación de la doctrina de los “*core rights*” contenido mínimo o el núcleo fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que resaltan el derecho al trabajo, a la salud y a la educación. Cançado Trindade¹⁰¹ advierte

⁹⁸ ONU. Asamblea General. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena. junio de 1993. Doc A/CONF.157/23

⁹⁹ Piovesan, Flavia. Social, Economic And Cultural Rights And Civil And Political Rights. Revista Internacional de Derechos Humanos, N° 1, 2004. Original: Sur Vol.1 No.Se. São Paulo 2006. p.15. Translated by Regina de Barros Carvalho e Jonathan Morris

¹⁰⁰ Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena. Junio de 1993. Doc. A/CONF.157/23

¹⁰¹ Cançado Trindade, Antonio A. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile. 2ª edición actualizada. 2006. 560 pp.

de la posibilidad de una nueva dicotomía entre los elementos de un derecho que forman parte de los “*core rights*” y los que no.

De acuerdo con el artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados están en obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles y teniendo en cuenta el grado de desarrollo, progresivamente y de acuerdo con la legislación interna, para lograr la plena efectividad de los derechos.¹⁰²

En el Comentario General N° 3 de 1990¹⁰³, el Comité de los DESC insistió en las obligaciones mínimas de todos los Estados Partes de asegurar, por lo menos, la satisfacción de niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos consagrados en el Pacto.

Examinando la naturaleza de las obligaciones contraídas en el Pacto, el mismo comité recalcó que si bien por un lado se dispone la realización progresiva de los derechos, por otro lado, se imponen varias obligaciones de efecto inmediato, a saber:

- La obligación de adoptar medidas¹⁰⁴
- El compromiso de garantizar el ejercicio de los derechos protegidos sin discriminación.
- La aplicabilidad inmediata de determinadas disposiciones por órganos judiciales.¹⁰⁵
- Obligación general de buscar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos.

¹⁰² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2, el cual establece “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

¹⁰³ Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comentario General N° 3 en relación a la índole de las obligaciones Estados Partes. 1990.

¹⁰⁴ Artículo 21 del Pacto DESC.

¹⁰⁵ En especial, las contenidas en los artículos 3, 7a 1, 8,10(3), 13.2 a, 3 y 4 y 15.3.

-Obligaciones mínimas "*minimum core obligations*" en relación a todos los derechos consagrados, y en caso de no cumplimiento, obligación de probar que se utilizó el máximo de recursos disponibles para hacerlas cumplir¹⁰⁶

-En épocas de crisis económicas graves, de procesos de ajuste, de recesión económica, obligación de proteger a los sectores y miembros más vulnerables de la sociedad por medio de programas específicos de bajo costo relativo.

El ADPIC y ADPIC plus al regular los derechos de patentes con estándares cada vez más elevados inciden en alza de los precios de los medicamentos, y por tanto, también en el acceso a los mismo de parte de los grupos más vulnerables que no pueden pagarlos. El acceso a medicamentos forma parte integrante del derecho a la salud que los Estados deben proteger como derecho humano. Todos los países de la OMC, tenían previo al ADPIC alguna protección de los DPI, pero ahora esa regulación fija mecanismos de interpretación, observancia y solución de diferencias sin precedentes.

Entonces, retomar la idea de que las obligaciones distintas de los Estados en torno al Derecho a la Salud son: *Respetar, Proteger, Asegurar, y Promover* la misma sin discriminación, conlleva concluir que la interpretación de los ADPIC y ADPIC Plus, debe intentar armonizar la protección de los derechos de propiedad intelectual con el respeto, la protección, la garantía y la promoción del derecho a la salud para todos sin discriminación, incluido el acceso a medicamentos de parte de los grupos más vulnerables (personas más, personas que padecen VIH, entre otros).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en un reporte del Alto comisionado, precisó también cómo afecta el Acuerdo sobre los ADPIC el Derecho a la Salud.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Artículos 11,12, 22, 23 del Pacto.

¹⁰⁷ UN. High Commissioner Report, The Impact of the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights, Comisión on Human Rights, Subcomisión on the Promotion and Protection of Human Rights, Fifty-second session, Item 4 of the provisional agenda, E/CN.4 Sub 2/2001/13 (27 de junio 2001)

En el texto se expresa que el derecho a la salud no es el único afectado por los DPI, pero es uno de los que requiere mayor atención. El primer alcance que se hace, es que cualquier análisis de la materia pretendiendo establecer relaciones entre los DPI y los DDHH debe tener como punto de partida el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en relación a la obligación de las partes, respetar, proteger, asegurar y promover los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin discriminación.

El mencionado Artículo 15 reza textualmente:

- “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
- a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”

Esta disposición plantea la necesidad del balance entre los intereses por la difusión de los avances de la ciencia y la cultura, el derecho de toda persona de beneficiarse de esos avances, y el derecho de autores e inventores de ser protegidos en relación a sus creaciones. Pero ese artículo debe ser analizado, a su vez, en el contexto de su relación con el artículo 12 *ejusdem*, que contempla el derecho a la salud, y cuyo contenido es el siguiente:

- “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

Entonces, el necesario balance entre los intereses públicos y privados, implica reconocer, por un lado, que todos tienen derecho a formar parte de la vida cultural y disfrutar los beneficios de los avances de la ciencia; y por otro lado, coexiste el derecho de cada uno de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales del resultado de su producción artística, literaria o científica.

El comité expresó entonces que un análisis de derechos humanos obliga a plantearse ese balance, e identificar si se le da énfasis al derecho de inventores o autores o al derecho público de acceso al conocimiento. Este tipo de análisis tiene que tener como objetivo promover, proteger y garantizar el respeto de los derechos humanos.

Leyendo el Pacto de manera íntegra, podemos vincular el art. 15 y el artículo 12 en concordancia con el art. 5, según el cual, nada puede ser dispuesto para limitar los derechos y libertades consagradas a menos que estén previstas en el mismo instrumento. Sin embargo, es importante resaltar que el ADPIC tiene una cláusula similar¹⁰⁸ que no permite interpretación restrictiva en relación a los DPI allí consagrados. ¿Cuál norma prevalece entonces? ¿Aplica el principio de ley posterior o ley especial en este sentido? ¿O el análisis de derechos humanos ya plantea de hecho una forma distinta de jerarquización? Ese es el análisis que corresponderá a los órganos de solución de diferencias de la OMC, sin embargo, ellos para hacer un examen integral tendrán que considerar, como se vio, antes las particularidades de los tratados de derechos humanos que inciden en su interpretación y la naturaleza de las obligaciones que ellos imponen.

¹⁰⁸ Cláusulas restrictivas en el área de interpretación en el ADPIC, son aquellas contenidas en el artículo 8, que como se pudo observar en el primer capítulo, responden a la necesidad de que cualquier medida que límite los derechos consagrados en el tratado para proteger los intereses públicos debe siempre “ser compatible con las disposiciones del Acuerdo”, todo lo cual, le resta efectividad práctica.

Cançado Trindade¹⁰⁹ opina que “Jurídica y epistemológicamente nada impide, en razón y consecuencia de la propia indivisibilidad de todos los derechos humanos, que determinados derechos económicos, sociales y culturales básicos puedan en el futuro llegar a componer un núcleo más enriquecido de derechos fundamentales e inderogables”.

IV. Impacto de la propiedad intelectual en los derechos humanos, concretamente en el derecho a la vida y la salud.

Es importante considerar que los efectos del Acuerdo sobre los ADPIC, lejos sobrepasan un derecho humano en concreto, y terminan afectando distintas y diversas aristas o aspectos de la vida humana. Algunos de los derechos más relevantes que pueden verse afectados por el tratado son: alimentación, desarrollo, indígenas, salud y el derecho a la vida.

La presente investigación se centra en dos derechos humanos en concreto, el derecho a la vida y el derecho a la salud. La razón de que se hayan escogido estos dos derechos (y no uno de ellos por separado) se desprende de la interrelación que presenta el respeto y garantía de uno, respecto de la efectividad y pleno goce del otro. Una persona cuya vida se encuentra en peligro por no tener acceso a la salud, ve a la vez conculcados ambos derechos.

En este apartado se estudiará el derecho a la vida, su consagración, contenido y alcance en la acepción más amplia que se le ha dado, la cual incluye la noción de que el derecho a la vida también tiene que ver con la posibilidad que la vida sea digna. En la actualidad, se ha entendido que vivir una vida digna, requiere que la persona pueda gozar de niveles adecuados de salud. Es por esto, que el derecho a la salud aún constituyendo un derecho autónomo, se examina interrelacionado con el derecho a la vida en ese contexto preciso.

¹⁰⁹ Cançado Trindade, ob. Cit. Pág. 256

El derecho a la Vida

Es un derecho humano fundamental, que forma parte del *Corpus Juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está consagrado en diversos instrumentos jurídicos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 3 establece que “todo individuo tiene derecho a la vida y a la seguridad de su persona”. De la misma forma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contempla en su art.6. “El derecho a la vida es inherente a la persona humana, este derecho estará protegido por la ley. Nadie puede ser privado de ella arbitrariamente”. La Declaración Americana sobre los Derechos Humanos, por su parte, en el Art. I. contempla que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad”.

Igualmente encontramos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 4.1 que dispone “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por ley, y en general, a partir del momento de la concepción, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

El derecho en comento, ciertamente se relaciona con la pena de muerte, pero no abarca sólo eso. Comprende entonces, una garantía genérica que prohíbe la privación arbitraria de la vida y una específica que restringe la aplicación de la pena de muerte.

Pero además según la doctrina, el Derecho a la vida no es sólo el derecho a no ser privado arbitrariamente de esta, sino también el derecho a vivir en condiciones dignas de vida. Resulta claro que la importancia de este derecho no se limita a la prohibición de ejecuciones sumarias, aunque inicialmente hayan sido más preocupantes o más atendidas ese tipo de violaciones. Abarca también la prohibición de omisiones del parte del Estado que dotado de recursos, hace poco o nada para garantizar, por ejemplo, el goce efectivo al derecho de salud de las personas.¹¹⁰

De lo anterior se puede colegir que la vida es un derecho cuya vigencia no está sujeta a suspensión durante las amenazas más graves a la vida de la nación, de acuerdo

¹¹⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. Santiago de Chile. 2007. 1064 p.

con lo establecido tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana.¹¹¹

En la Declaración de Viena, adoptada en la segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, en 1993, se estableció que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”. Y por tanto, la comunidad debe tratar los derechos humanos en forma global de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándole a todos la misma importancia.¹¹²

Por su parte, la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹¹³ explica que la cabal protección del derecho a la vida, requiere, entre otras cosas, medidas destinadas a prevenir la guerra y medidas para la protección de la salud pública.

Derecho a la Salud

El derecho a la salud, así como el derecho a la vida, han sido firmemente establecidos por tratados y por la costumbre del derecho internacional. El fracaso de un Estado en tomar medidas adecuadas para resolver una amenaza a la salud, por ejemplo en circunstancias de “*disease outbreak*” o enfermedades crónicas puede constituir una privación del derecho a la vida. El derecho a la salud impone entonces una obligación positiva a los Estados cuando exige que estos tomen acciones efectivas y adecuadas para protegerlo, el cual se encuentra directamente vinculado al derecho a la vida, pues los casos más graves una privación de aquel termina en la conculcación de éste.¹¹⁴

¹¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 27.2

¹¹² Organización de Naciones Unidas. Alto Comisionado para los Derechos Humanos. II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos. Declaración de Viena, Austria. Junio de 1993.

¹¹³ Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 6, Párr.2-5.

¹¹⁴ Abbott, Frederick. Right to Health. The Rule of Reason and the Right to Health: Integrating Human Rights and Competition Principles in the context of Trips. presented at World Trade Institute forum, 13-14 June 2003

El contenido y alcance del derecho a la salud

El art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a la salud, al bienestar y al cuidado médico como objetivos de nivel de vida.

El art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, provee que los Estados Parte de la Convención “Reconocen el derecho de toda persona de disfrutar el más alto nivel de salud física y mental.”

El preámbulo del tratado constitutivo de la Organización Mundial de la Salud¹¹⁵ establece - ratificando lo señalado en la Carta de Naciones Unidas- que para los Estados Parte, los principios básicos para la felicidad y armonía de las relaciones y la seguridad de toda persona son:

- Que la salud es un estado de bienestar físico, mental y social y no simplemente la ausencia de enfermedades.
- Que el disfrute del más alto nivel de salud es uno de los más fundamentales derechos de cada persona y que se debe otorgar sin distinción de raza, religión, opinión política, y condición social o económica.

Igual lo contempla la Declaración Americana de Deberes y Derechos del hombre en su artículo XI sobre el derecho a la preservación de la salud y el bienestar, que reza: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y de su comunidad”.

Entre otros instrumentos el derecho a la salud está contemplado en: La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art.5e iv); la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11.1 f y 12); la Convención sobre Derechos del Niño (art. 24); la Carta Africana (art.16); la Carta Europea (art. 11); y en el Protocolo adicional de la Convención Americana (art. 10).

¹¹⁵ Ratificado por más de 190 Estados Partes, por lo cual se ha reconocido su vigencia cuasi universal.

El Comentario General N° 14 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹⁶ confirmó que **“los Estados partes tienen que asegurar la satisfacción, por lo menos, de niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluyendo la asistencia medica primaria”**. Leído en conjunto con instrumentos más contemporáneos, como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Desarrollo y Población, la Declaración Alma-Alta provee guías significativas en relación a las obligaciones mínimas que devienen del artículo 12.

De la misma forma, en la perspectiva del Comité¹¹⁷ estas obligaciones mínimas incluyen al menos los siguientes deberes:

- a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;
- d) **Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;**
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

La Observación General sobre el Derecho a la Salud¹¹⁸ en el mismo sentido, señala que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes

¹¹⁶ United Nations. Economic, Social and Cultural Council. General Comment N°4. Doc CRC/GC/2003/4.

¹¹⁷ Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comentario General N° 3. 1990. traducción propia.

elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

“a) *Disponibilidad*. Cada Estado parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular del nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado, habida cuenta de las condiciones que existen en el país, **así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.**

b) *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. **Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos.** La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo,

¹¹⁸ Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Fecha: 11/08/2000. E/C.12/2000/4.

el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) *Aceptabilidad*. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) *Calidad*. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.”

En relación a la salud, dos son las principales preocupaciones: a) la investigación médica; y b) el acceso a medicamentos. Los sistemas de DPI pueden afectar de manera positiva o negativa esas dos variables, pero en todo caso, la interpretación e implementación de los tratados incluido el ADPIC, tiene que ser coherente con las obligaciones en derechos humanos antes enunciadas.

El Derecho a Salud, en especial en los aspectos atinentes a la no discriminación es considerado como justiciable habiendo ya sido aplicado por diversos tribunales y órganos de supervisión en los planos tanto internacional como nacional.¹¹⁹

Un análisis interesante a explorar es el derecho a la salud desde la perspectiva de no discriminación por pobreza en relación al acceso a medicinas. Desde esta óptica es que Thomas Pogge, para remediar los efectos que tienen los ADPIC (con el alza de precios que afecta innecesariamente la vida y la salud de los pobres) propone un Fondo de Impacto sobre la Salud que otorgue a los propietarios de patentes la opción de establecer los precios de cualquier nuevo medicamento a nivel del costo a cambio de una

¹¹⁹ Casos en el Tribunal Constitucional de Colombia y otros casos de México son analizados en: Ordóñez E, Jorge R. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Apuntes para la definición de un contenido esencial de ese derecho en la jurisprudencia mexicana. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/1B5BB671-598A-4EDD-94CA-5815F04C2337/0/INFORMEJORGE.pdf> (visitada 15- 09-2008). En torno al Derecho a la Salud en Chile, algunos casos, se ven reflejados en el Informe Anual de Derechos Humanos en Chile. 2003. En: http://www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/informesddhh/informe_03/11.pdf

recompensa monetaria anual en función en el impacto de este medicamento sobre la salud global.¹²⁰

La adecuada relación entre el ADPIC y los derechos humanos, requiere precisar dónde se fija el balance entre los intereses públicos y privados. En el ADPIC y las discusiones previas a él, se hizo un esfuerzo por intentar lograr ese balance, aún que el mismo no contenía cláusulas específicas que explicitasen la relación entre el comercio y los derechos humanos; por vía interpretativa y de implementación aquellas pocas cláusulas que otorgaban flexibilidades a los Estados, se encontraban de alguna manera comprometiéndolos con los derechos humanos en el marco del acuerdo, sin embargo, las tendencias expansivas del principio de estándares mínimos y la constante promulgación de normas ADPIC plus, derogan cada día más toda posibilidad de hacer ese balance.

Además el adecuado balance de intereses públicos y privados obliga a relacionar los DPI, DDHH, y el Comercio¹²¹. La relación entre estas ramas ha generado y sigue generando controversias a nivel internacional, pues las relaciones son de alta complejidad y requieren análisis académicos más integrales y menos sectorizados.

La realización progresiva de derechos y la doctrina de los "core rights" no pueden implicar excusas de parte de los Estados para negarse a asegurar los mismos. Los gobiernos están obligados a tomar medidas necesarias consistentes "con sus medios" para la realización progresiva de los derechos. Abbott¹²² se pregunta si los "core" (o medida mínima de los DESC) tienen un estatus especial en la jerarquía de las normas que permite postergar el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los ADPIC para lograr la garantía de estos.

¹²⁰ Pogge, Thomas. *Medicines for the World: Boosting Innovation without Obstructing Free Access*. En: *Revista Internacional de derechos humanos*. N° 8. (2008).

Pogge, Thomas "Incentives for Pharmaceutical Research – Must They Exclude the Global Poor from Advanced Medicines," speech at the workshop *Access to Medicines as a Human Right: What does it Mean for Corporate Social Responsibility*, University of Toronto, October 2006.

¹²¹ Existen quienes en un análisis distinto al planteado en esta investigación vinculan las variables mencionadas al tema del derecho al desarrollo, el cual aún sigue generando mucho debate. Sin embargo para profundizar en torno a ello se recomienda revisar la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

¹²² Abbott, F. Ob cit.

En el ámbito internacional diversas han sido las declaraciones, observaciones, comentarios y reportes que se han propiciado en torno al vínculo del derecho a la Salud (como un derecho humano reconocido) y el comercio en general – con los derechos de propiedad intelectual en lo particular-

La Asamblea General de Naciones Unidas en Junio de 2001¹²³ se pronunció, a través del Secretario General, en relación al VIH/SIDA y señaló que las políticas de mercado o de comercio deben ser usadas efectivamente para incrementar el acceso al cuidado o tratamiento de las personas con VIH. Además se señaló que la disponibilidad de medicamentos genéricos de bajo costo deben ser expandidos de acuerdo con las leyes nacionales y acuerdos internacionales de comercio y con garantías de calidad.

De conformidad con la Observación General del Derecho a la Salud¹²⁴, las obligaciones legales específicas en relación al Derecho a la Salud son:

Los Estados tienen la obligación de *respetar* el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas.

Las obligaciones de *proteger* incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para **velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros;** y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva

¹²³ Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA. 8a. Sesión Plenaria. 27 de junio de 2001. Doc A/RES/S-26/2.

¹²⁴ Observación General N° 14 citada supra.

de género. Los Estados deben velar asimismo por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.

La obligación de *cumplir* requiere, en particular, que los Estados Partes **reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud**. Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas.

La obligación de *cumplir (facilitar)* requiere igualmente que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados Partes también tienen la obligación de *cumplir (facilitar)* un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición.

La obligación de *cumplir (promover)* el derecho a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población. Entre esas obligaciones figuran las siguientes: i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información; ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios; iv) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.

La Declaración de Doha en torno a los ADPIC y la Salud Pública.¹²⁵

Adoptada en la Organización Mundial de Comercio, luego de largas controversias entre los países desarrollados y países en desarrollo, la Conferencia Ministerial de Doha, del 14 de noviembre de 2001, provee una interpretación oficial la cual es vinculante para todos sus miembros en virtud del artículo IX del GATT.

Contenido Específico:

1. Reconoce la gravedad de los problemas de salud pública que afligen a muchos países en desarrollo y menos adelantados, especialmente los resultantes del VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias.
2. Recalca la necesidad de que el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) de la OMC forme parte de la acción nacional e internacional más amplia encaminada a hacer frente a estos problemas.
3. Reconoce que la protección de la propiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevos medicamentos. Reconoce asimismo las preocupaciones con respecto a sus efectos sobre los precios.
4. Conviene en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reitera el compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirma que dicho acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.

A este respecto, reafirma el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto.

¹²⁵ Organización Mundial de Comercio. Conferencia Ministerial de Doha. Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. Cuarto Período de Sesiones. 14 de Noviembre de 2001. Doc. WT/MIN(01)/DEC/2.

5. Al tiempo que mantiene los compromisos contraídos en el Acuerdo sobre los ADPIC, reconoce que estas flexibilidades incluyen lo siguiente:

a) Al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios.

b) Cada Miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias.

c) Cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia.

d) El efecto de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que son pertinentes al agotamiento de los derechos de propiedad intelectual, es dejar a cada Miembro en libertad de establecer su propio régimen para tal agotamiento sin impugnación, a reserva de las disposiciones de los artículos 3 y 4 sobre trato NMF y trato nacional.

6. Reconoce que los Miembros de la OMC cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes podrían tropezar con dificultades para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC.

7. Reafirma el compromiso de los países desarrollados Miembros de ofrecer a sus empresas e instituciones incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados Miembros de conformidad con el párrafo 2 del artículo 66. También conviene en que los países menos adelantados Miembros no estarán obligados, con respecto a los productos farmacéuticos, a implementar o aplicar las secciones 5 y 7 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC ni a hacer respetar los derechos previstos en estas secciones hasta el 1º de enero de 2016, sin perjuicio del

derecho de los países menos adelantados Miembros de recabar otras prórrogas de los períodos de transición con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC.

En conclusión, la Declaración de Doha relacionada con el Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública es un gran avance y constituye una guía interpretativa vinculante para los miembros de la OMC, pero sólo en relación a ese tratado. Recientemente, los tratados bilaterales (TLCs) utilizan parámetros de interpretación como “la norma más alta internacional” o lo establecido en “el derecho internacional”, sin aclarar exactamente a lo que se refieren, pero se entiende que posterior al “principio de estándares mínimos” la evolución de la PI tiende a establecer normas cada vez más proteccionistas que en lugar de fijar los mínimos que deben respetarse internacionalmente imponen los máximos estándares.

¿Qué sucede si las disposiciones de esa declaración son vulneradas por los TLCs? Los TLC contemplan incluso sus propios medios de solución de diferencias, distintos a los del organismo multilateral de comercio, los cuales no tendrían que ceñirse a la normativa de la OMC. La Declaración de Doha se utiliza únicamente en torno a la interpretación y aplicación del ADPIC y se aparta de hacerse exigible frente a los TLC bilaterales. Sin embargo, aún está por verse un caso donde un organismo internacional ponga de frente los DPI y los DDHH.

V. Los conocimientos tradicionales. ¿Qué sucede con los Derechos humanos de los pueblos indígenas, como grupo de especial vulnerabilidad?

En este apartado se estudian los derechos humanos de los pueblos indígenas, los cuales son de especial trascendencia para esta investigación, en dos sentidos, a saber: el primero, tiene que ver con el hecho de que efectuar un análisis más amplio de los ADPIC en el derecho internacional abarcando los derechos humanos, requiere tener en cuenta que las poblaciones indígenas forman parte de un grupo especialmente vulnerable cuyos derechos de PI no se encuentran protegidos por los sistemas actuales; y el

segundo, se relaciona con el hecho de que los conocimientos ancestrales son constantemente apropiados en forma ilegítima para luego ser patentados como productos farmacéuticos por empresas y laboratorios, sin que ellos presten su consentimiento ni reciban beneficios derivados.

Entender la situación de los pueblos indígenas implica, de partida, considerar que ellos entran dentro de una categoría o grupo especial. Esa categoría corresponde a los grupos históricamente marginados y para los cuales un análisis desde el punto de vista de la no discriminación, comprende internalizar que un trato igualitario para esos grupos que no son iguales, implica un trato discriminatorio no justificado.

Siendo que escapa el objetivo de esta investigación la reseña de los derechos especiales reconocidos a este grupo en diversas declaraciones, -como por ejemplo la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en la Asamblea General de la ONU¹²⁶- se debe resaltar que a ellos corresponden, por lo menos, el reconocimiento de los derechos humanos internacionalmente reconocidos a toda persona, aplicados bajo el prisma de la no discriminación.¹²⁷ Así, por ejemplo, el documento de la declaración reafirma el reconocimiento de derechos individuales y colectivos relativos a la educación, la salud y el empleo.

Uno de los puntos más importantes del texto es el referente al apego de los indígenas a la tierra. Varios artículos mencionan su derecho a poseerlas, utilizarlas y desarrollarlas. En este sentido, dispone que los Estados aseguren el reconocimiento y la protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos y que no procedan a ningún traslado "sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa".¹²⁸

Las maneras de conocer, transmitir, utilizar y renovar el conocimiento de los pueblos indígenas -sobre bases de desarrollo sustentable y altos vínculos con la tierra, la

¹²⁶ Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en la Asamblea General de la ONU del 13 de Septiembre de 2007. El texto fue adoptado con 143 votos a favor, 4 en contra –Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia – y 11 abstenciones.

¹²⁷ ONU. Asamblea General. Comité de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas. Párr. 58-61. 27 de febrero de 2007.

¹²⁸ Artículo 10, Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

naturaleza y sus recursos- merece un estudio detallado y profundo. Lo cierto, es que esas maneras de conocer se desvinculan del concepto de propiedad individual que manejan los sistemas jurídicos contemporáneos. Lejos de merecer consideraciones de apropiación implican compartir generacionalmente el conocimiento en beneficio de toda la comunidad, de allí que ese tipo de conocimientos, a pesar de producir –entre otras cosas- medicamentos efectivos, no hayan sido reconocidos por los sistemas de propiedad intelectual actuales.

El Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas ha sido claro respecto de la situación de los derechos intelectuales de los mismos en relación con los derechos humanos. En ese informe del año 2007 se sostuvo que:

“Los conocimientos tradicionales, recursos biológicos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas nunca han estado bien definidos ni protegidos a nivel nacional e internacional. Es el caso, por ejemplo, de sus conocimientos herbolarios tradicionales que acaban siendo comercializados para el desarrollo de medicamentos modernos por las compañías farmacéuticas, o bien la música indígena no protegida por derechos de autor y que es reproducida en los medios comerciales sin reconocimiento alguno de los derechos de estos pueblos. Dada la posesión con frecuencia colectiva y ancestral de los conocimientos tradicionales, el sistema jurídico actual sobre la propiedad intelectual no otorga protección suficiente a los indígenas”.¹²⁹

En noviembre de 2005, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó su Observación General N° 17¹³⁰ en la cual se reconoce que las comunidades indígenas, entre otros grupos, tienen, de acuerdo con el artículo 15 del Pacto de los DESC, el derecho a la protección de sus intereses morales y materiales derivados de sus productos científicos, literarios y artísticos, incluyendo los conocimientos y las prácticas no tangibles.

En esta sección se pretende abordar algunos conceptos básicos que ayuden a esclarecer qué son, cuáles son las características, y los retos que plantean los conocimientos tradicionales, y se explora una propuesta para incluirlos en los sistemas

¹²⁹ ONU. Asamblea General. Comité de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas. Párr. 58-61. 27 de febrero de 2007.

¹³⁰ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 17. (2005). Doc E/2006/22-E/C.12/2005/5, anexo IX.

de DPI, de manera que puedan estar comprendidos en un análisis integral del derecho internacional.

Los Conocimientos Tradicionales.

Por definición son "todos aquellos conocimientos, costumbres y creencias (materiales y espirituales) que son transmitidos verbalmente, de generación en generación en el seno de una comunidad".¹³¹ Se caracterizan por ser conocimientos que se enriquecen de generación en generación, han sido adquiridos y probados en la práctica; se relacionan principalmente con el territorio, el uso de los recursos naturales y el ambiente, de allí su relación con los recursos genéticos; se expresan en la forma de trabajar la tierra, la agricultura, la organización, la cosmovisión, la práctica espiritual, la medicina tradicional y las relaciones entre las especie animal y vegetal. Se reflejan en la cultura, religión, educación, salud y medio ambiente.¹³²

La Cámara de Comercio Internacional (ICC, por sus siglas en ingles) ha señalado que los beneficios que pueden surgir de la protección de este tipo de conocimientos, son entre otros: la remoción o reducción de una injusticia global. Pues para algunos la propiedad intelectual es un instrumento adicional en manos de naciones ricas y de grandes organizaciones para explotar a los más pobres, esto se demuestra con el hecho de que el conocimiento tradicional está desprotegido y sea explotado por todos.¹³³

Otras cualidades positivas de otorgar protección serían: la prevención del uso del conocimiento en forma objetable por sus originadores, por ejemplo, la publicación de detalles de ritos sagrados. Mayor reconocimiento del valor del conocimiento tradicional y respeto por quienes lo han preservado. Mayores recursos para los guardianes del conocimiento, mejora en el nivel de vida y en el grado de desarrollo, en particular en el tercer mundo. Más amplia aplicación del conocimiento tradicional en todo el mundo.

¹³¹ Tobón, Natalia. Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina. En Derechos Intelectuales N° 9. Buenos Aires – Argentina. P.135-151

¹³² Idem.

¹³³ Comisión Sobre Propiedad Intelectual. Cámara de Comercio Internacional. 8 de oct de 2001. Ginebra Suiza.

Sin embargo, es menester recordar que hay dificultades para legislar esta área, las principales son los requisitos de protección de patentes, que requiere que lo que vaya a ser patentado no se encuentre dentro del estado de la técnica. Entonces sería necesario, proteger mediante un Derecho *sui generis*, que podría adecuarse de manera especial a los requerimientos de este tipo de conocimientos o modificar derechamente el concepto de estado de la técnica que hasta ahora se conoce como “todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación o solicitud de la patente”.¹³⁴

Los TLCs por ejemplo, ya han expandido o modificado de facto ese concepto al permitir la divulgación del invento o procedimiento en los 12 meses anteriores a la solicitud de la patente, entonces nada obstaría otra modificación que permita incluir a estos conocimientos como parte de la propiedad intelectual.

Existe diversidad de casos en que los conocimientos tradicionales han sido ilegítimamente apropiados y luego patentados en beneficios de compañías o gobiernos extranjeros. Uno de esos casos lo constituye por ejemplo el de la Epibatidine:

“Se patentó en Estados Unidos un nuevo principio activo llamado epibatidine, es un cóctel químico que segrega la piel de la rana neotropical venenosa “*epipedobates tricolor*” que habita en los bosques tropicales desde el sur occidente por los andes ecuatorianos hasta el norte de Perú. Esta especie y su contenido químico han sido utilizados ancestralmente por indígenas ecuatorianos en actividades de caza con cerbatanas. El científico John Daly del Instituto Nacional de Salud de Estados Unidos identificó la estructura química de esta sustancia de la rana, gracias a la información sobre los efectos fisiológicos de las secreciones de la misma, proporcionadas por las comunidades locales indígenas. Para aislar el principio activo, se obtuvo ilegalmente una muestra de setecientos cincuenta ranas, pues no existe evidencia de que el Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas Naturales (INEFAN) haya otorgado una licencia de manejo para que esta rana fuera explotada con fines comerciales (Acción Ecológica 1998). Este es un requisito básico por que esta especie consta dentro de los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES) de la cual Ecuador es

¹³⁴ Art. 16 Decisión 486 del Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comisión de la Comunidad Andina.

parte desde 1975. Cabe destacar así mismo que desde 1996 el INEFAN prohibió el uso de esta especie como fuente de recursos genéticos (lo cual incluye actividades de bioprospección). La patente Estado Unidense UD 5,486,956 –obtenida para los Estados Unidos, representados por el Instituto Nacional de Salud- está siendo explotada por los Laboratorios Abbott que comercializa en el mercado el producto ABT-594 (derivado de la epibatidina), analgésico doscientas veces más poderoso que la morfina”.¹³⁵

La Diversidad Biológica constituye la base de la existencia humana, no alude sólo a la suma de ecosistemas, especies y genes sino que abarca y comprende la variabilidad dentro y entre ellos. La protección de ésta fue el objeto de la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992. El ADPIC por su parte, al regular los derechos de propiedad intelectual abarca materias que incluyen la posibilidad de patentar organismos vivos, plantas, procedimientos relativos al genoma, entre otros; consecuentemente tiene un impacto significativo en la Diversidad Biológica, pero no menciona disposiciones de ese tratado ni se hace cargo de las preocupaciones de la misma (a pesar de que gran parte de los países miembros de la misma a la vez son miembros de la OMC). A continuación, se deja en evidencia el paralelismo de los dos instrumentos jurídicos.

Según la Convención sobre Diversidad Biológica¹³⁶:

- El Estado tiene derechos públicos soberanos sobre sus recursos biológicos.
- La utilización o explotación de recursos biológicos han de dar lugar a un reparto equitativo de los beneficios. Igualmente en el caso de explotación o uso de los conocimientos tradicionales.
- El acceso a los recursos biológicos debe estar condicionado al consentimiento informado del país y de la comunidad de origen.

¹³⁵ Zamudio, Teodora. El Convenio sobre la Diversidad Biológica en América Latina. Etnobioprospección y Propiedad Industrial. Notas desde una cosmovisión económico-jurídica. Proyecto de investigación acreditado ante la Universidad de Buenos Aires (TD30) y subsidiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Técnica (resolución D N° 1854/98. PIP 0160/98) y Pro-Diversitas asociación civil. 1998.

¹³⁶ Convención sobre Diversidad Biológica. 1992. Rio de Janeiro. Brasil.

- La obligación principal del Estado es promover la conservación y el uso sustentable de la biodiversidad en salvaguarda de las generaciones futuras.

De conformidad con ADPIC:

- Los recursos biológicos pueden estar sujetos a derechos privados de propiedad intelectual.
- Se deben conceder patentes en todos los campos de la tecnología.
- Los derechos se ejercen monopólicamente y por tanto, no prevén mecanismos de distribución de los recursos con los países o comunidades proveedoras del material biológico o conocimiento tradicional.
- La suerte de las generaciones futuras son ajenas a la normativa.
- Los intereses públicos son previstos como cláusulas de excepción y siempre están sometidos a la necesidad de estar “de conformidad con el acuerdo” lo que los hace poco utilizables.
- No existe ninguna disposición que tome en cuenta los recursos biológicos y su desarrollo sustentable aun tratándose de derechos de propiedad industrial.
- La causa última de protección intelectual es el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de su trabajo, en su doble dimensión de medio de expresión y crecimiento de la personalidad individual y de contribución al bien común.

Es importante tener en cuenta que según la ONU, más de 80 % de la población en países en desarrollo depende de los conocimientos tradicionales, en lo que se refiere a la salud y medicamentos¹³⁷. Por ello, este tipo de conocimientos tienen que ser abarcados aunque eso implique reformas en los sistemas de PI actuales; las reflexiones especiales que merece el grupo por ser más propenso a que se le niegue la consideración debida, hacen necesario que las decisiones políticas que actúan en su contra sean tomadas en

¹³⁷ ONU. The Impact of the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights... ob cit supra.

cuenta con especial sospecha.¹³⁸ Las decisiones de política económica, tales como las que se toman en el marco de la OMC, también deben acatar este principio. La falta de protección ha ocasionado que ya esta clase de conocimiento hayan sido muchas veces apropiados sin consentimiento ni compensación. Su falta de incorporación en tratados como el ADPIC vulneran a la vez el Derecho a la Salud, los derechos culturales, y la Convención sobre biodiversidad y el principio de no discriminación.

¹³⁸ Dworkin, Ronald. El imperio de la ley. Editorial Gedisa. Barcelona. 1992. p.269.

CAPÍTULO III.
DE LAS SITUACIONES DE TENSION ENTRE
LOS DPI Y LOS DDHH.

CAPÍTULO III.

SECCIÓN PRIMERA. Las relaciones de armonización, subordinación o prelación de los DPI y los Derechos Humanos.

Examinar o explorar jurídicamente las relaciones entre los DPI y los DDHH, desde una perspectiva tradicional, implicaría establecer órdenes de prelación, jerarquía o subordinación entre los derechos en conflicto. Sin embargo, determinar esas relaciones es un proceso complejo, más aún considerando la consagración internacional del derecho de propiedad en la Declaración Universal y algunos otros instrumentos de Derechos Humanos. Los derechos de propiedad intelectual no son sino una expresión más del derecho humano a la propiedad.

Verificada la hipótesis de que ante un eventual conflicto en torno a los ADPIC un Estado puede plantear una defensa fundada en los Derechos Humanos, -y que los OSD de la OMC estarían obligados a examinarla-, se presenta otro problema; pues el derecho a la propiedad, al igual que el derecho a la salud y a la vida, es un derecho humano reconocido internacionalmente. ¿Cómo resolver conflictos jurídicos de esa índole? ¿Qué criterios pueden orientar un correcto análisis en este sentido? ¿Es posible compatibilizar o existe un orden de prelación necesario? A estas interrogantes se pretende dar respuesta en este capítulo.

Primero, a los efectos de relacionar los DPI y los DDHH, se parte por destacar sus diferencias. Segundo, se cuestiona si es que el ADPIC puede interpretarse desde una perspectiva de derechos humanos y se buscan respuestas en las pautas que proporciona la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Posteriormente, se examinan las propuestas de resolver estos problemas a través de leyes de competencia. Y por último, se concluye dando énfasis a la necesidad de superar el análisis jurídico tradicional.

I. Diferencias DPI y DDHH

Los Derechos de Propiedad Intelectual implican el reconocimiento de un monopolio excepcional, de allí que siempre se encuentren limitados y que la protección que garantiza el Estado sea sobre el *know how*, permitiendo recuperar costos e incentivos de inversión para luego permitir el acceso público al conocimiento.

Los Derechos de Propiedad Intelectual poseen las siguientes características:

- ❖ Son privilegios o prerrogativas garantizados por el Estado.
- ❖ Siguen o deben cumplir con requisitos establecidos en las leyes nacionales.
- ❖ Expiran.
- ❖ Pueden ser revocados.
- ❖ Puede ser objeto de licencia o cesión.
- ❖ Puede pertenecer a corporaciones.
- ❖ Tienen que garantizar el cumplimiento de los DH, lo cual comprende un análisis de dos partes: 1. Determinar si el acuerdo en si mismo es compatible con los DH; 2. Determinar los efectos de la implementación del acuerdo con la práctica de los DH.

Los Derechos Humanos:

- ❖ Son derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, no otorgados por el Estado sino reconocidos por este.
- ❖ Son universales e inalienables.
- ❖ No contemplan requisitos, ni son determinados por las legislaciones nacionales.
- ❖ No tiene tiempo, lapsos, por eso no expiran, ni pueden ser revocados. –aceptan algunos suspensiones-
- ❖ Pertenecen a la persona por eso no pueden ser objeto de licencia o cesión.

Es importante resaltar que en materia de DPI las patentes de productos farmacéuticos suponen altos costos de inversión, desarrollo y aprobación de

medicamentos, que esas tecnologías son generalmente fáciles de copiar, y que por tanto, es legítimo procurar incentivo en el sector farmacéutico a través de derechos exclusivos limitados en el tiempo. No obstante, eso no significa que *ipso facto* los estándares internacionales fijados por los ADPIC y luego incrementados por los ADPIC plus sobre patentes de productos farmacéuticos se encuentren de conformidad con el debido respeto al derecho a la salud. Los DPI son derechos comerciales limitados, esencialmente destinados a la recompensa económica, en ese sentido buscan la inversión en enfermedades rentables, no aquellas de los países pobres. Sin embargo, la propiedad constituye también un derecho humano, consagrado en distintos instrumentos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. 23), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21), y en Protocolo 1 de la Convención Europea (art. 1). Por lo tanto, el examen que requiera dilucidar la tensión entre el derecho a la salud y el derecho a la propiedad debe encargarse de buscar un balance entre dos derechos humanos. (Sobre este punto se vuelve más adelante)

La existencia de las conocidas como “*me too drugs*” o medicamentos derivados o relacionados cuyo único objetivo es proteger las patentes por más tiempo pueden tener dos efectos a saber: a) bajar precios facilitando el acceso o b) hacer imposible una nueva investigación. Es necesario preguntarse si ese tipo de patentes son aptas para hacer operativo el art. 15 del Pacto de los DESC. Lo mismo sucede con las patentes que dependen de otras patentes, el *Evergreening* por ejemplo, es un proceso donde una innovación menor de un producto patentado se puede patentar- para extender de hecho la vida de la patente.

II. ¿El ADPIC puede interpretarse como teniendo una perspectiva de derechos humanos?

Cuando ADPIC intenta presentar un balance entre DPI y DDHH, lo hace a través del artículo 7 que señala como objetivo el bienestar social y económico, y el artículo 8

que permite tomar medidas –*siempre que sean consistentes con el tratado*- para proteger la nutrición, el ambiente y la salud. También pueden ser objeto de protección el orden público, la moral, la vida o los animales, siempre y cuando esa protección no derive únicamente del hecho de estar así contemplados en la ley.

De manera similar se excluyen del patentamiento los métodos de tratamiento humano, de plantas y animales. El ADPIC permite usar patentes sin consentimiento del titular -*con algunas limitaciones*- para proteger el interés público, impedir prácticas anticompetitivas o abusos de derechos. Obliga a la cooperación internacional de países desarrollados quienes deben dar incentivos a sus empresas e instituciones para promover la transferencia de tecnología y proveer cuando se les solicite cooperación técnica y financiera a favor de países en desarrollo. Y permite que puedan ser tomadas acciones en materia de anticompetencia para asegurar los principios de equidad, trato igualitario y debido proceso. Se procura un trato diferenciado de países en desarrollo, al dárseles un plazo mayor para la entrada en vigencia del acuerdo.

Sin embargo, no se puede afirmar correctamente que el ADPIC tiene una aproximación de derechos humanos, normalmente las relaciones de DPI-DDHH en él, están expresadas en términos de excepciones a las reglas más que principios guías de interpretación en sí mismos y siempre están sujetos a la concordancia con las provisiones del mismo acuerdo. El Informe sobre Desarrollo Humano 1999, hace una enérgica advertencia frente a las consecuencias negativas del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), particularmente en materia de seguridad alimentaria, conocimiento autóctono, bioseguridad y acceso a la atención sanitaria, que son preocupaciones principales del Comité de DESC, como se refleja en los artículos 11 a 15 del Pacto, en torno a la acción positiva y constructiva en relación con los derechos humanos.¹³⁹

¹³⁹ UN. PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 1999. Capítulo 2 de las nuevas tecnologías y la carrera mundial por el conocimiento.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴⁰ ha dicho que:

1. Una aproximación de derechos humanos pondría explícitamente la protección y promoción de los DH, en particular, el derecho a la salud, en el corazón o centro de los objetivos de la propiedad intelectual, en lugar de contemplarlas como excepciones permitidas que están sujetas a las provisiones del acuerdo. Eso no quiere decir que la protección de objetivos comerciales sea necesariamente incompatible con la protección de los derechos humanos. En casos particulares, sin embargo, distintas estrategias para promover y proteger los Derechos Humanos pueden ser exploradas.
2. ADPIC identifica Derechos y Obligaciones. Los derechos están determinados, en su contenido y alcance, detalladamente. Las obligaciones no se explicitan, ¿Cómo se hacen efectivas? ¿Cómo se implementan? ¿Cuándo? ¿De qué manera? Apenas se mencionan. Lo cual permite preguntarse ¿Por qué no se han fijado estándares mínimos para la protección contra actos de competencia desleal (anticompetencia) o estándares mínimos para la transferencia de tecnología?
3. ADPIC limita la autonomía de los Estados para promover y proteger los Derechos Humanos, y en concreto el Derecho al Desarrollo, estableciendo que deben concederse patentes para todas las áreas de la tecnología incluyendo productos farmacéuticos. Cuando se obliga a proteger TODAS las áreas, se impacta directamente la forma de decidir las estrategias de desarrollo, las cuales son una potestad en el marco de ese derecho. Y en relación a los fármacos, antes los Estados podían optar por una protección de los DPI adecuada a su nivel de desarrollo, tecnología y necesidades de salud.
4. ADPIC se centra en las formas de protección de DPI de los países desarrollados con sus nuevas tecnologías y biotecnologías, por eso los principales titulares de patentes son los países desarrollados. Esa protección es costosa y también su mantención, defensa y

¹⁴⁰ UN. High Commissioner Report, The Impact of the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights, Comisión on Human Rights, Subcomisión on the Promotion and Protection of Human Rights, Fifty-second session, Item 4 of the provisional agenda, E/CN.4 Sub 2/2001/13 (27 de junio 2001)

control de uso. WHO Bulletin¹⁴¹ señala que esos sistemas costosos hacen más difícil las posibilidades de investigación en los países pobres.

5. ADPIC no contiene mención alguna a formas de protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales, el énfasis es en las tecnologías modernas. Ese desbalance tiene impacto directo en el goce de los derechos culturales. Esta discusión ha sido abordada desde la Convención de Biodiversidad¹⁴² la cual es altamente relevante en la materia y tampoco fue considerada para este tratado. Aún existen tensiones entre la protección de los DPI y los conocimientos tradicionales en especial en lo relacionado al uso de esos conocimientos sin consentimiento. Además son patentados por otros, sin repartir beneficios y sin aprobación. Se requieren reformas en los sistemas actuales que permitan plantear soluciones a este problema.

6. Las normas de carácter ADPIC PLUS, conllevan extender términos, limitar las posibilidades de conceder licencias obligatorias y las importaciones paralelas o implementar legislación antes de término del ADPIC. Se usan presiones económicas para lograr la ratificación de normas ADPIC Plus, -eso ha sido evidenciado por el comité- lo cual, involucra ceder en los resguardos que ofrecía el ADPIC y eso puede generar inconsistencias con las obligaciones de derechos humanos.

7. Aunque todo eso evidencia que la aproximación del ADPIC no es derechos humanos se pueden hacer cosas para usar las flexibilidades en la implementación de manera que sean compatibles. Es importante recordar en este sentido, que 141 estados miembros del Pacto de DESC, son miembros a la vez de la OMC.

Tal como el Comité lo advierte de un estudio del ADPIC se puede constatar que el mismo no contempla una perspectiva de derechos humanos, sin embargo, prevé algunas posibilidades y flexibilidades vía excepción que permitirían resguardar la salud pública y algunos otros intereses. Con la adquisición de obligaciones de carácter ADPIC plus se

¹⁴¹ Correa, Carlos. Health and Intellectual Property Rights. Bulletin of World Health Organization. 2001. p. 381. Consultar el mismo autor para datos fácticos en relación a las presunciones a la protección mediante patentes y la investigación y desarrollo en el sector farmacéutico. En: Some Assumptions On Patent Law And Pharmaceutical R&D. Ocasional Papel N°6. Quaker United Nations Office. 2001.

¹⁴² Convención sobre Diversidad, citada supra. (N° 111).

limitan aún más esas pocas flexibilidades y eso, es lo que en palabras del Comité, puede generar inconsistencias con las obligaciones de derechos humanos, y en concreto esas inconsistencias pueden derivar en violaciones del derecho a la salud¹⁴³.

Al determinar qué acciones u omisiones equivalen a una violación del derecho a la salud, es importante establecer una distinción entre la incapacidad de un Estado Parte de cumplir las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12 del Pacto de los DESC y la renuencia del mismo a cumplir esas obligaciones. Ello se desprende del párrafo 1 del artículo 12, que se refiere al más alto nivel posible de salud, así como del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, en virtud del cual cada Estado Parte tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga.

Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra. Cabe señalar, sin embargo, que un **Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas, que son inderogables.**

“Las violaciones del derecho a la salud pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados. La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, constituye una violación del derecho a la salud. Entre las violaciones resultantes de *actos de comisión* figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles

¹⁴³ Qué se considera internacionalmente violaciones al derecho a la salud, qué contenido y alcance tienen éstas, y otros aspectos relevantes, son tomados de la Observación General en torno al derecho a la salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citada supra.

con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud”.¹⁴⁴

Obtener obligaciones de carácter ADPIC Plus en el ámbito específico de las patentes de productos farmacéuticos podría considerarse manifiestamente incompatible con la obligación previa de respetar el derecho a la salud sin discriminación y proteger el acceso de todos por igual a ella. Este tipo de obligaciones también son contrarias al deber de asegurarse de que privados –dígase titulares de patentes de fármacos- atenten contra los elementos del derecho a la salud, especialmente, la disponibilidad de medicamentos esenciales y la accesibilidad económica. Estos aspectos involucran la necesidad de que los medicamentos básicos estén al alcance de todos y en especial al alcance de los grupos menos favorecidos.

Los Estados también pueden conculcar el derecho a la salud al no adoptar las medidas necesarias dimanantes de las obligaciones legales. Entre las violaciones por *actos de omisión* figuran el no adoptar medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, el no contar con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios de salud en el empleo, y el no hacer cumplir las leyes pertinentes.¹⁴⁵

Según el comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son violaciones del derecho a la salud, las siguientes:

a) Violaciones de las obligaciones de respetar:

Las violaciones de las obligaciones de respetar son las acciones, políticas o leyes de los Estados que contravienen las normas establecidas en el artículo 12 del Pacto y **que son susceptibles de producir lesiones corporales, una morbilidad innecesaria y una mortalidad evitable**. Como ejemplos de ello cabe mencionar la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la **discriminación de iure o de facto**; la

¹⁴⁴ Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Fecha: 11/08/2000. E/C.12/2000/4.

¹⁴⁵ Idem.

ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento; **la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud;** y el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales.¹⁴⁶

Los TLC con normas ADPIC plus y el hecho de que esos estándares plus no tengan en cuenta el respeto al derecho a la salud en el ámbito comercial, el impacto de la excesiva protección de los medicamentos que genera alza en los precios de lo mismos puede constituir una discriminación de facto respecto de las personas más pobres conduciendo a lesiones corporales, morbosidad o mortalidad evitable de la cual sería responsable el Estado.

b) *Violaciones de las obligaciones de proteger:*

Las violaciones de las obligaciones de proteger dimanar del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. **Figuran en esta categoría omisiones tales como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos;** el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; el no proteger a las mujeres contra la violencia, y el no procesar a los autores de la misma; el no disuadir la observancia continua de prácticas médicas o

¹⁴⁶

Idem. Negrillas propias.

culturales tradicionales perjudiciales; y el no promulgar o hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras.¹⁴⁷

Caben en este tipo de violaciones las desregulaciones de las empresas titulares de patentes de productos farmacéuticos y la falta de regulación a través de leyes de competencia en relación al derecho a la salud. La no regulación de los casos de excepción o extrema urgencia que permiten hacer uso de las licencias obligatorias, el no regular o sancionar los abusos de derechos de la PI; se constituyen como violaciones del derecho a la salud.

c) Violaciones de la obligación de cumplir:

Las violaciones de las obligaciones de cumplir se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna.¹⁴⁸

La falta de una política nacional y correspondiente plan de acción que examinen o tomen en cuenta los efectos de los ADPIC y ADPIC plus y las obligaciones allí contraídas con su impacto en la salud pública, en especial, en relación a los sectores más pobres en lo atinente al acceso a los medicamentos, constituirían violaciones de la obligación de cumplir.

¹⁴⁷ Ibidem. Negrillas propias.

¹⁴⁸ Obs. General del Derecho a la Salud. citada supra.

El acceso a medicamentos básicos o esenciales, es un derecho humano. Los DPI deben facilitar acceso a la tecnología. Los medicamentos para el VIH tienen que ser accesibles a todos, por ello subir desproporcionadamente los precios afectando el acceso de los pobres a productos patentados es violatorio de su derecho a la salud.

Diversidad de factores afectan el acceso a los medicamentos, costos, sistemas, taxes o impuesto de importación, cuestiones mercados. Eso impide el acceso a genéricos de bajos precios, pues es necesario esperar que expire el derecho exclusivo sobre el producto. La situación del VIH en India en comparación con otros países hace evidente la diferencia desproporcionada en los precios de medicamentos.¹⁴⁹ El VIH es un problema de desarrollo.

Otra solución que se ha presentado para resolver el problema de los costos es importar medicamentos que están cubiertos por patentes, de un país donde se haya agotado el derecho. Esta práctica se conoce como importaciones paralelas, el ADPIC deja libertad a los países para decir cuándo se da por agotado el derecho.

Las importaciones paralelas no son otra cosa, que importar un producto que está legalmente inserto en un mercado extranjero -porque se había obtenido el consentimiento del titular o de 3ro autorizado- a un país donde se hace más costoso pagar al titular, todo en virtud del principio del agotamiento del derecho.

También existe la posibilidad de producir genéricos a través de las licencias obligatorias dadas por el estado, por razones de interés público o emergencia nacional.

Las conclusiones del Comité de DESC, en torno al impacto del ADPIC en la Salud Pública son las siguientes:

- El balance necesario en la implementación de ADPIC, debe ser acorde al art. 15. La primera obligación de los Estados internacionalmente es proteger los derechos humanos, aunada a la obligación contenida en el Pacto de DESC que se explica en el Comentario General 14, de promover la investigación, asegurar

¹⁴⁹ Balasubramanian, K. Ob cit. Cita en la pág. 138 un estudio en el que se demuestra como el medicamento Zantac puede variar exageradamente de precios de un país a otro, así el mismo producto que en Australia cuesta 46 dólares, en Indonesia cuesta la mitad de un dólar.

acceso a medicinas pagables, adoptar medidas en materia de VIH y cooperar internacionalmente.

- Es necesario considerar los efectos en el Derecho a la Salud al establecer estándares o normas ADPIC plus. También es preciso elaborar leyes de competencia, para prevenir abusos de derechos y evitar violaciones del derecho a la salud. Los sistemas de DPI en todos los casos, deben tomar en cuenta el derecho a la salud y los derechos de las comunidades indígenas.
- Los Estados deben implementar en la legislación nacional, normas para salvaguardar el interés público y acceso a medicamentos esenciales como parte del derecho a la salud y otros derechos humanos.
- Los países desarrollados deben precisar cuáles son las iniciativas que están tomando para promover la transferencia de tecnología y proveer medicamentos costeables. Por su parte, la OMC en sus conferencias ministeriales debe establecer los vínculos entre la promoción y protección de los derechos humanos y el ADPIC, incorporando el art.7 explícitamente.
- También es imprescindible atender al llamado de la OMS que ha señalado que los países en desarrollo deben ser cuidadosos en adquirir obligaciones de carácter ADPIC plus sin observar su impacto en los derechos humanos.

III. La propuesta de resolver el problema a través de leyes de competencia y su insuficiencia.

Otro tipo de aproximaciones al tema de los vínculos entre DPI y Derechos Humanos, es la de intentar compatibilizar o armonizar los dos cuerpos jurídicos a través de la creación de leyes de competencia, que aseguren en el comercio el respeto de los derechos humanos (vistas las personas como consumidores)¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Proponentes de esta doctrina: Abbott, Frederick; Musungu, Sisule y Ranjan, Prabhash. En: Human Rights and International Trade. Cottier, Thomas; Pauwelyn, Josst; and Burgi, Elisabeth (Editors). Oxford. University press. USA. 2005.

Las leyes de competencia intentan prevenir los excesos de acumulación de poder económico en las manos de un solo actor. En este sentido, constituyen un instrumento para proteger la democracia. En éstas es necesario balancear la política industrial y los intereses de los consumidores, entonces habría que verificar el énfasis que haga el legislador, y posteriormente los tribunales, sobre alguna de las dos variantes. De allí que los países establezcan diferentes reglas de competencia en los diferentes estadios de desarrollo económico.¹⁵¹

Las reglas de competencia pueden ser de dos tipos:

A) **Reglas "per se" de ilegalidad**, que se utilizan para sancionar conductas que son manifiestamente anticompetitivas y se presumen irrazonables porque causan efectos dañinos a la competencia y de ellas no se saca virtud o ventaja social; la amenaza de la calificación automática de violación de una regla de competencia y su consecuencia o penalidad asociada podría desalentar ese tipo de conductas *ab initio*.

El uso de este tipo de reglas debe ser restringido o sin excesos, porque abusos de este tipo de normas pueden causar efecto adverso en el mercado, pues los competidores no querrían participar en él.

En relación al derecho a la salud, se ha recomendado la inclusión de normas que regulen la venta y mercadeo de productos de marca o medicinas patentadas de manera de garantizar el derecho.

B) **Regla de la Razón**, en éstas los tribunales o ente juzgador debe preguntarse caso a caso, si en determinadas circunstancias, una conducta dada puede, potencial o efectivamente, causar una restricción irrazonable al comercio. La propuesta desde esta

¹⁵¹ En el ADPIC, el artículo 40 establece formas de realizar un control de prácticas anticompetitivas en licencias contractuales para los casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente, pero al igual que la restricción genérica para las limitaciones de derechos establecidas en el artículo 13 *ejusdem*, las mismas deben ser conformes al acuerdo, y además aún en esos casos, se requiere la previa celebración de consultas con el país miembro del cual el titular es nacional.

perspectiva es que el análisis de derechos humanos implique entender que dentro de esas circunstancias habría que considerar, por ejemplo, la posible afección del derecho a la salud como conducta razonable o irrazonable.

Abott, toma como ejemplo el Caso Asbestos¹⁵² relacionado con "productos similares" y señala que en ese caso el Órgano de Apelación (OSD-OMC) rechazó el análisis del Panel argumentando que fue muy reducido y estableciendo que existe una diferencia entre los productos que pueden matar y los que no, aún cuando sean ambos utilizados como bases estructurales para construir edificios. Dos productos funcionalmente equiparables, pero donde uno tiene carcinógenos bien establecidos y el otro no, no son productos "similares". La lógica en la diferenciación de productos funcionalmente equivalentes a la luz del art. III GATT sobre la base de que puedan ser dañinos para la salud, parecería extender la diferenciación entre distintas formas de conductas potencialmente anticompetitivas dependiendo de su efecto en la salud pública. (*XXb exception*)

Entonces para el autor, una práctica que incrementa artificialmente los precios de los medicamentos para el tratamiento del cáncer o del sida tendría un efecto directo en los pacientes. Es decir, aún bajo la regla de la razón, el análisis tiene que ser diferente si se trata del derecho a la salud. Los países aún conservan libertades legislativas respecto de las leyes de competencia y del énfasis que ponen en los intereses que hay que balancear en estas, recordando y haciendo hincapié en el hecho de que el derecho a la salud está protegido internacionalmente.

Sin embargo, algunas críticas se pueden hacer a esa propuesta. No resuelve el tema de fondo, el hecho de que después del ADPIC los países hayan conservado gran libertad en materia legislativa para regular los temas de libre competencia, no significa que esos temas no pueden ser y no están siendo de hecho limitados por el fenómeno ADPIC plus, que cada día abarca más materias, tanto en el plano bilateral como multilateral.

¹⁵² Organización Mundial de Comercio. Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. Doc wt/ds135/r.

Otra crítica fundamental respecto de esa propuesta es que implica un análisis de “derechos humanos” en el cual la persona humana se equipara al interés del consumidor, y ese es un interés, que aún siendo legítimamente protegible, no abarca a toda persona humana. Ello viene dado por la obvia relación de desigualdad que existe entre productores y consumidores, de allí que las leyes de competencia sirvan precisamente a esa función de intentar balancear los dos tipos de intereses contrapuestos.

La perspectiva de derechos humanos por su parte, lejos trasciende los intereses de los productores o de los consumidores, y abarca a todo ser humano, en relación a su dignidad.

La vía de las leyes anticompetencia por atender a intereses concretos puede desvirtuarse tanto, que por ejemplo, dentro del mercado norteamericano existen una serie de prácticas que constituyen actos anticompetitivos en sí mismos, pero que sólo son permitidas en la política internacional de ese mismo Estado. Para ilustrar esta situación, la cita de Abbott señala como el *Sherman Act (Antitrust Act)* no se debe aplicar a naciones extranjeras salvo ciertas excepciones taxativas relacionadas con un efecto directo, racional y substancial que pueda anticiparse y que ese efecto pudiera afectar las exportaciones de EU.¹⁵³

IV. Pautas de la Convención de Viena

El ADPIC, de acuerdo al art. 3.2 del Entendimiento de Solución de Diferencias, acepta una interpretación acorde al Derecho Internacional Público tradicional, es decir, orientada por la Convención de Viena del Derecho de los Tratados. Según el artículo 28 de la Convención “las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro

¹⁵³ Abbot, F. Ob. cit. Pág. 298.

modo”, entonces, se colige que los tratados (igual que las leyes) son por regla general irretroactivos, salvo disposición en contrario.

El artículo 31 del mismo cuerpo normativo, contiene la regla general de interpretación, según la cual:

“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) **todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones. (En este caso declaración de DOHA en relación a la Salud Pública).**

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado

c) **toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.**¹⁵⁴ (Para el caso que nos ocupa, además de pertinente es necesario considerar los tratados de derechos humanos, en especial, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su consagración del derecho a la salud, visto en relación a la interpretación de las disposiciones del ADPIC).

En virtud de esta disposición se hace claro que aún los órganos de solución de diferencias de la OMC deben considerar en sus análisis e interpretaciones los tratados de derechos humanos.

El problema es ¿qué tipo de análisis harán en la OMC respecto de los derechos humanos? ¿Acaso contemplan esa visión en el ámbito comercial multilateral? El asunto se complejiza porque habrá quienes aleguen que algunos de los instrumentos de derechos humanos a la vez consagran el derecho a la propiedad, como por ejemplo la

¹⁵⁴ Las negrillas, y las notas entre paréntesis no forman parte del contenido del artículo.

Declaración Universal, entre otros. ¿Acaso el hecho de que estén reconocidos por instrumentos de derechos humanos implica que constituyen derechos humanos del mismo rango que el derecho a la salud? ¿Si es que ambos son derechos humanos, en caso de enfrentamiento sobre cuál se hará énfasis? Este debate se abordará más adelante.

De conformidad con el artículo 38 también existe la posibilidad de que normas de un tratado lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional reconocida como tal.

Para los Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*"), el artículo 53 *ejusdem*, aclara que “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Tradicionalmente, sólo la prohibición de genocidio, tortura y esclavitud habían sido reconocidos como *jus cogens*; actualmente, por desarrollo jurisprudencial se han agregado la prohibición de discriminación racial¹⁵⁵, y según la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁶ ese criterio es aplicable a todo tipo de discriminación. De allí, que se puede colegir que las obligaciones del Estado, en especial las atinentes al derecho a la salud o la vida, deben garantizarse sin discriminación.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Corte Internacional de Justicia. Barcelona Traction, Light and Power Company, Judgement, ICJ Reports, 1970, párr. 33 Técnicamente la CIJ se refiere a las obligaciones erga omnes, y no al *jus cogens* propiamente, es importante resaltar que aunque los dos conceptos están íntimamente ligados, no son idénticos.

¹⁵⁶ Corte Interamericana de Justicia, Opinión Consultiva 18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrs. 100-101.

¹⁵⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago de Chile. 2007. 1064 p.

V. Necesidad de superar el análisis jurídico tradicional

Se pudo evidenciar en las secciones anteriores que un examen jurídico tradicional, basado en silogismos o ánimos de establecer un orden de prelación concreto es altamente complejo cuando se trata de definir los vínculos entre DPI y DDHH.

La primera impresión es que los derechos humanos por su propia naturaleza se encuentran en un orden jerárquico superior a los derechos de propiedad intelectual, pero esta afirmación no es tan clara.

Resolver el problema de la investigación plantea varias cuestiones primordiales a saber:

1. Los Órganos de Solución de Diferencias de la OMC sólo pueden examinar “los acuerdos abarcados”.¹⁵⁸ ADPIC es uno de los acuerdos abarcados, sin embargo, -como se vio antes- contiene varias disposiciones según las cuales no se pueden establecer excepciones o limitaciones a los derechos allí contemplados, a menos que las mismas sean conforme al tratado. Marceau¹⁵⁹ interpreta que la cláusula *in comento*, les permite a los OSD excluirse de conocer del contenido y alcance de tratados en materia de derechos humanos.

2. De conformidad con el artículo 3.2 del Entendimiento de Solución de Diferencias, las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados. Una resolución del OSD frente a un caso concreto, donde exista una situación de tensión entre los DPI y los DHHH, debe balancear ambos derechos e inclinar la balanza hacia uno de ellos sin que esto pueda considerarse “un aumento o reducción de los derechos” contenidos en el tratado, ya que realizar este tipo de balances es propio de la labor interpretativa de los órganos juzgadores.

¹⁵⁸ Así lo establecen distintas disposiciones del Entendimiento de Solución de Diferencias, en especial, el artículo 7.1 y el art. 3.1.

¹⁵⁹ Marceau, Gabrielle. Ob cit. Pág. 35.

3. El análisis de los acuerdos abarcados debe efectuarse de conformidad con las normas usuales de interpretación de los tratados, contempladas en la Convención de Viena.¹⁶⁰

4. La Convención de Viena reafirma el principio de respeto universal y eficacia de los derechos humanos.

5. La Convención de Viena obliga a considerar toda norma que las partes hayan acordado en relación a la interpretación del tratado. En este sentido, la Declaración de Doha en relación a los ADPIC y la Salud Pública sería la guía para la interpretación del acuerdo. Las pautas que ella dicta en relación a las posibilidades amplias de hacer uso de las licencias obligatorias y otros tipos de excepciones o restricciones de derechos para proteger la salud pública, son vinculante para todos los miembros de la OMC. (Además así lo dispone el art.IX del GATT).

6. La Convención de Viena exige a considerar “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a la relación *entre partes*”, y entre ésta se encuentra el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual debe ser evaluado a la luz de las particularidades, especial naturaleza y características de los tratados de derechos humanos. En lo particular sería pertinente evaluar las disposiciones del art. 15 que plantean el debido balance entre los interés públicos y privados en relación a la propiedad sobre el conocimiento y la difusión de la información, en correspondencia con el art. 12 que estipula el derecho a la salud como derecho social que debe garantizarse sin discriminación, y el art. 5 *ejusdem* que contempla el principio de progresividad de los derechos humanos, en virtud del cual no pueden violarse, limitarse, restringirse o menoscabarse los derechos contenidos en él.

La mayor parte de los países miembros de la OMC han ratificado el Pacto de los DESC, sin embargo, aquellos que no lo han ratificado siguen obligados por el carácter *jus cogens* de las normas prohibitivas de discriminación respecto al Derecho a la Salud

¹⁶⁰ En virtud del artículo 3.2 del ESD.

(en particular lo relacionado al acceso a medicamentos), no pudiendo excusarse en el pretexto de que no es una norma aplicable a la “relación entre las partes”.

7. Hay quienes como Marceau¹⁶¹, en un enfoque altamente positivista, consideran que los principios de ley posterior y ley especial, resuelven de manera clara el problema, pues, el ADPIC constituye un instrumento jurídico ratificado con posterioridad a la adhesión de los diversos tratados de derechos humanos, y además, argumenta que al tratar con mayor especificidad el tema de los DPI prevalece aquella norma.

8. El problema no se presenta igual, como se dijo, respecto de todos los derechos humanos, parece claro que el derecho a la vida, por ejemplo, goza de privilegios en el status frente a un derecho de propiedad intelectual. La cuestión se complejiza es en torno a los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales están sujetos a ese “core” o mínimo, es decir, por su carácter progresivo los Estados tienen que cumplir sólo con las obligaciones mínimas respecto de ellos.

9. Otro asunto bastante relevante, es el de dilucidar si es que la propiedad constituye un derecho humano equiparable a la salud, el trabajo o la educación. A pesar de que el derecho a la propiedad no está contemplado en ninguno de los dos Pactos de Naciones Unidas, el mismo sí se encuentra presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. 23), la Convención Americana (art.21), y en el Protocolo 1 de la Convención Europea (art 1). Siendo así, queda claro que la propiedad (con su expresión en los derechos intelectuales) es un derecho humano reconocido internacionalmente que tiene exactamente el mismo rango y peso legal que el derecho a la salud.

El juzgador tendría que ponderar entonces dos derechos humanos igualmente protegidos a saber: el derecho a la salud vs. el derecho a la propiedad intelectual. Este punto ha sido objeto de discusiones áridas desde el punto de vista epistemológico, esas discusiones y sus conclusiones se abordan más adelante.

¹⁶¹ Marceau, Gabrielle. Ob cit. Pág. 11.

Por todo lo precedentemente descrito, parece que no es tan sencillo, resolver la compleja relación que existe entre los DPI y los DDHH. El examen jurídico tradicional no otorga respuestas conclusivas en ningún sentido.

El fenómeno de fragmentación del Derecho Internacional, que segmenta y divide las disciplinas de derechos humanos y derechos económicos, de manera que no se generen instancias de complementariedad, interacción y armonización, hacen especialmente difícil un estudio completo que pueda resolver problemas en este ámbito.¹⁶²

Se requiere un análisis lo suficientemente amplio, que aún en foro comercial sea capaz de considerar los derechos humanos, ese tipo de estudio es el que puede sentar las bases jurídicas y filosóficas para elaborar una defensa legítima –o incluso plantear una demanda – que pueda hacer compatibles las obligaciones económicas y obligaciones en materia de derechos humanos ante un eventual conflicto en la OMC.

Es desde esa perspectiva, que se podría concretar de parte de un país en desarrollo, signatario a la vez de un ADPIC y un TLC; (obligado a dar protección mediante patente a un producto farmacéutico en función de los estándares antes reseñados) un argumento de defensa bajo la óptica de los derechos humanos en los órganos de solución de diferencias de la OMC, que le permita postergar, suspender, relegar o por último armonizar, esas obligaciones con el cumplimiento cabal de las obligaciones derivadas del derecho a la salud.

¹⁶² . Cottier, Thomas; Pauwelyn, Josst; and Burgi, Elisabeth (Editors). Human Rights and International Trade. Oxford. University press. USA. 2005. 522 pp.

SECCIÓN SEGUNDA. La propuesta de un Análisis Jurídico Integral.

I. Criterios para la elaboración de un Análisis Integral.

El análisis tradicional que se hace de los ADPIC desde el Derecho Económico desconoce u omite por completo la normativa internacional en materia de derechos humanos, por considerar que ella escapa de los “convenios cubiertos” por la OMC. La realidad es que en el derecho de internacional es un todo donde coexisten las obligaciones de los Estados, comprendiendo aquellas que derivan de los ADPIC y las que emanan de los tratados de derechos humanos, todas las cuales deben ser satisfechas. Por eso, un análisis integral requiere bases sobre la cuales sean considerados todos los aspectos, criterios y ámbitos relacionados.

Los estudios fragmentados o segmentarios descartan los efectos que tiene dar cumplimiento a los estándares cada vez más altos en el derecho a la salud o a la vida de las personas. A la vez el hecho de que la propiedad sea -al igual que la vida o la salud- un derecho humano reconocido y protegido internacionalmente complejiza el escenario. Es necesario superar esa dicotomía y generar más instancias de integración. En esta sección se explora y busca dar respuestas a las siguientes preguntas ¿Qué comprende hacer un análisis jurídico integral? ¿Cuáles son los criterios que se pueden fijar para el mismo? ¿Qué otros ámbitos deberíamos considerar?

La perspectiva de derechos humanos y en general tratar de esclarecer las relaciones entre estos y el comercio, responden a análisis complejos. Esos análisis necesariamente deben hacerse cargo de algunos de los desafiantes problemas que ambas disciplinas jurídicas presentan en nuestro tiempo.

Una de las primeras preguntas a hacerse tiene que ver con la eficacia de los sistemas de protección de los derechos humanos actualmente vigentes, la existencia de los mismos acaso, ¿ha implicado un respeto generalizado de los derechos humanos? ¿Cómo hacer que el impacto de esas instituciones (ONU, CIADH, CEDH, y

correspondientes órganos de control) abarque a más personas o a todas las personas cuyos derechos humanos son violados constantemente y casi a diario?

Los derechos civiles y políticos, con la generalización de los procesos democráticos y el impulso de aquellos organismos para la protección de los derechos humanos han llegado incluso, a la configuración de una *opinio juris* universal, para rechazar conductas como la tortura, el genocidio, la esclavitud y la discriminación a través de las normas *jus cogens* con su correspondiente efecto *erga omnes*.

Los derechos económicos, sociales y culturales, por su parte, se han encontrado frente al problema de que inicialmente fueron vistos a través de una dicotomía absurda que los separaba tajantemente de los derechos civiles y políticos. Se pensó entonces, que estos que éstos últimos implicaban una acción negativa o abstención de parte del Estado; y que respecto de los primeros, se podía postergar la obligatoriedad por su carácter progresivo y el hecho de que demandaban una acción positiva del Estado. Actualmente esas nociones han sido superadas y se considera que entre las dos “categorías” de derechos sólo puede existir complementariedad e interacción, pues ellas constituyen un todo armónico e indivisible.¹⁶³

¿Se puede afirmar correctamente que los derechos económicos, sociales y culturales, en especial el Derecho a la Salud (en relación al Derecho a la vida digna), no son exigibles frente a los Estados? Según las elaboraciones de la doctrina en relación a esos derechos se puede dar categóricamente una respuesta negativa. Si bien es cierto que es el Estado quien responde internacionalmente de los derechos humanos, todos se encuentran llamados a respetarlos. El Estado es quien se ocupa de que se respeten no sólo por sus propios agentes sino también por los terceros. En ese sentido, y como se vio en capítulos anteriores el Estado sería internacionalmente responsable de violaciones de las obligaciones de respeto y de asegurar el derecho a la salud si es que con los ADPIC o ADPIC plus efectivamente se va en detrimento de la garantía y respeto del derecho a salud.

¹⁶³ Cançado Trindade, A. Ob. Cit.

Otro tema importante relacionado con la eficacia del sistema de protección internacional de los derechos humanos, es el relacionado con el papel que juega la ONU en el asunto, la manera de elaboración de normas, y en general, si es que este constituye un ente legitimado o suficientemente democrático para proteger los derechos humanos. Este problema lejos trasciende en el ámbito de la investigación, pero es necesario destacar que afecta además de la ONU en sí misma, sus organismos especializados, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Comercio¹⁶⁴, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, la Organización Mundial de la Salud, entre otros.

El problema del comercio por su parte, tiene que ver con la creciente desigualdad social que se vive a nivel mundial, la crisis de los alimentos, el calentamiento global, y en general, la poca vinculación que ha tenido el comercio con formas sustentables de explotación de los recursos, distribución de las riquezas y con el respeto a los derechos humanos.

Existen también quienes piensan que el problema de los Derechos Humanos, es en algún sentido un problema económico, pues los Estados desprovistos de recursos no pueden garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos, en especial los económicos, sociales y culturales. Entonces, se busca dar respuestas por la vía de apertura de los mercados; pretendiendo así hacer que estos y los órganos comerciales internacionales respondan también por los derechos humanos.

¹⁶⁴ La OMC no es un organismo especializado de Naciones Unidas en el sentido del artículo 57 de la Carta de esa organización, funciona bajo el concepto de “coherencia” delineado en la “Decisión sobre el logro de una mayor coherencia en la formulación de la política económica a nivel mundial”, que los Ministros acordaron en Marrakech en abril de 1994. La coherencia en la formulación de políticas económicas a nivel mundial va mucho más allá de los acuerdos de cooperación formales y específicos de la OMC con el FMI y el Banco Mundial. Según el propio organismo “es un hecho reconocido que el sistema de la OMC no es más que una parte de un conjunto mucho más amplio de derechos y obligaciones internacionales que vinculan a los Miembros de la OMC”. En: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/coher_s/coher_s.htm, visitada 12-12-08.

El Debate Petersmann – Howse – Alston - Drahos.

Petersmann¹⁶⁵ por ejemplo, para dar respuesta a estas inquietudes llama a una Integración Global, de carácter constitucional internacional, -o lo que el llama un constitucionalismo de varios niveles-. En su opinión, a nivel internacional los derechos humanos son inefectivos porque los principios de participación democrática, producción de leyes parlamentaria, democracia transparente y deliberativa y la protección judicial de la regla de la razón, no son parte del derecho y de la práctica de las organizaciones internacionales. Y siendo que el disfrute de los derechos humanos depende de recursos económicos, sostiene que el derecho de integración, abre los mercados reduciendo la discriminación y posibilitando el aumento de ganancias en la división del trabajo. Consecuencia de lo anterior, en opinión de ese autor, una función de los derechos humanos es la integración económica, política y legal, para proteger la autonomía personal, la seguridad social, el cambio pacífico, los ahorros individuales, la inversión, la producción y las transacciones transfronterizas.

Esta propuesta de integración se diferencia del paradigma de 1945 de agencias especializadas centradas en el derecho internacional público que se basaba en los Estados y su igualdad de “soberanía”. Petersmann, toma en cuenta la experiencia regional de Europa para llegar a establecer que el derecho de integración no sólo sirve al beneficio económico y social, sino también para aplicar la regla de la razón “*rule of law*” a la protección de los derechos humanos y la legitimidad democrática a nivel internacional o nacional. En ese mismo sentido, alega que los derechos humanos deben ser reconocidos a nivel internacional como un empoderamiento de los ciudadanos limitando constitucionalmente los poderes reguladores nacionales e internacionales y requiriendo a los gobiernos promover y proteger los derechos humanos en todas las

¹⁶⁵ Petersmann, Ernst-Ulrich. Time for a United Nations ‘Global Compact’ for integrating human rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration. European Journal of International Law. June, 2002, Vol. 13, N° 3. Oxford, Oxford University Press.

áreas más allá de las fronteras nacionales. En su criterio, el ALCA también conectaba sus planes económicos con el fortalecimiento de los derechos humanos y la democracia.

Un elemento central en la teoría de Petersmann, es que parte de la base de que se debe reconocer el derecho a la propiedad y el libre mercado como derechos humanos fundamentales en ese nuevo orden internacional. Las libertades individuales o en ese caso “el derecho humano a la propiedad o libre mercado” sólo puede ser restringido hasta el punto necesario para proteger otros derechos humanos.

Desde el punto de vista del autor *in comento*, la omisión de derechos de libertad económica y derechos de propiedad en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales refleja una vía antimercado que reduce el potencial operacional de la convención y su aplicación en organizaciones internacionales económicas; en especial, reduce su aplicación en los sistemas de derechos basados en economía de mercado y evita la creación de jurisprudencia, por ejemplo, en el mecanismos de solución de diferencias de la OMC.

Una integración global fundada en el nuevo paradigma debería estar basada en los derechos humanos (principalmente la propiedad y el libre mercado) y el compartir solidariamente los beneficios y ajustes sociales de costos. En otras palabras, el autor propone que la integración no es posible políticamente sin incluir respuestas solidarias a las fallas de mercado y principios redistributivos de justicia. Petersmann, resalta el valor de las leyes de competencia, ambiente y resguardos sociales a la vez que recuerda que la igualdad de libertades y la apertura de mercados deben ser legalmente protegidas contra los abusos de poderes públicos y privados. Hace un llamado a la democratización de la ONU y de la OMC, en base a normas preestablecidas, y contando con la participación de todos. (ONGs, sociedad civil, personas, Organismos internacionales, etc).

A pesar de que algunos Estados creen que tienen soberanía para excluir los derechos humanos de las agencias especializadas y de los “convenios cubiertos” por la OMC; el autor considera que “los principios de *lex posterior* y de *lex specialis* no pueden derogar la naturaleza *ius cogens* de las obligaciones básicas o esenciales “core” de derechos humanos inalienables (en base al art.53 Convención de Viena). Esas

obligaciones corresponden a los Estados y a las organizaciones intergubernamentales”.¹⁶⁶

La Declaración del Derecho al Desarrollo -piensa- es evidencia de la necesidad de incorporar los derechos humanos, las políticas de protección de los individuos y la sociedad civil, en las organizaciones internacionales. Así, los cambios para la democratización no pueden venir de arriba abajo sino de abajo arriba, pues los que están en el poder no lo ceden.

A pesar de que la Declaración Universal integra los derechos civiles y políticos con los económicos sociales y culturales, y conlleva el reconocimiento de que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no protege las libertades económicas, ni el derecho a la propiedad, las condiciones de no discriminación en la competencia y la regla de la razón. De allí se explica, según el autor, que la práctica de la ONU y de la OMC estén lejos de regular los asuntos económicos como un problema de derechos humanos.

Robert Howse¹⁶⁷ responde a la propuesta de Petersman, y parte recordándole que el mercado y comercio han estado siempre ligados a los abusos más grandes y masivos de derechos humanos -cita en ese sentido, el caso de diamantes, comercio de personas y de animales en extinción, etc-, por tanto, no son así de sencillamente la solución al problema.

Howse resalta que si bien es cierto que el proyecto del ALCA estaba ligado a procesos de democracia y democratización, no es menos cierto que la política económica neoliberal y los presupuestos de esas prescripciones han contribuido a la inestabilidad social y política de muchos países de América Latina amenazando con llevarse las ganancias de la democratización.

¹⁶⁶ Idem. (pág. 19)

¹⁶⁷ Howse, Robert. Human Rights in the WTO: Whose rights? What humanity? Comment on Petersman. *European Journal of International Law*. June 2002. 13 *Eur J. Int'l L.* 651. Oxford, Oxford University Press.

El proceso europeo –destaca el autor en su réplica- tampoco fue tan claro como se presenta: éste comenzó no con un proyecto de libre mercado, sino como un proyecto directivo que basaba las ganancias sociales y la estabilidad política en la planificación industrial a nivel de toda Europa (*European Coal and Steel Community: ECSC*). La imposibilidad de transformar eso en proyecto constitucional europeo fue lo que desencadenó que existieran dos caminos; uno de derechos humanos, representado por la Convención Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, y otro camino de mercado común, que posteriormente se extendió no sólo a la protección de libertades de mercados sino también a una regulación económica supranacional.

En suma, la relación entre los derechos humanos y el comercio es muy compleja y no puede ser pensada en términos generales de sinergias, ni en términos lineales que van de integración económica a un constitucionalismo basado en derechos humanos. Entonces hay que definir en los tiempos actuales y en nuestro contexto, qué discursos de derechos humanos, constitucionalismo y mercado libre están siendo invocados y medirlos en lo concreto más que en lo abstracto.

Para Petersmann la legitimidad de la OMC depende de la transformación de lo que él llama libertades de mercado a ‘derechos fundamentales’. El efecto práctico de esta proposición es que los Estados tendrían que probar sus intervenciones sociales a nivel internacional como limitaciones al ‘derecho humano de propiedad’ teniendo que superar los requisitos de necesidad, proporcionalidad y perseguir un fin legítimo. En este caso, cualquier ciudadano podría demandar que se cuestionen políticas públicas sociales o de ambiente, para ver si ellas constituyen límites ‘necesarios’ a la libertad de comercio y el derecho de propiedad. Partiendo de la base de que las políticas públicas de carácter social de hecho están basadas en la realización de diversos derechos humanos como los sociales, es clara el tipo de jerarquía que se plantea.¹⁶⁸

¹⁶⁸

Howse, ob cit. (pág.6)

Howse le responde a Petersmann, preguntando por qué no se hace el test inverso, es decir, ¿Por qué no se cuestionan las normas de libre mercado con el test de necesidad cuando esas reglas hacen más difícil a los Estados emprender políticas públicas de intervención que protejan los derechos sociales?

Esas presunciones –opina Howse- parten de una fé en el libre mercado según la cual las restricciones al mismo casi nunca son instrumentos eficientes para corregir las fallas de mercados y proveer los productos; siempre las perspectivas exclusivamente economicistas pueden imaginar una medida alternativa más eficiente que no obstruya el comercio, pero en abstracto. Ilustrativo es el ejemplo del autor, que advierte que bajo esa lógica permitir en el mercado de construcción un componente X especialmente dañino a la salud, poniéndole etiquetas de advertencia, puede ser más eficiente en el sentido económico que prohibirlo, pero en ese caso particular, ¿qué sucede si la mayor parte de las personas que entran en contacto con el componente no saben leer ni escribir?

Otra crítica que puede hacerse al “constitucionalismo de varios niveles” es que habría que construir varias cláusulas de interés público en la OMC de conformidad con los derechos humanos y decir que la libertad individual y la no discriminación pueden restringirse sólo hasta el ámbito necesario para proteger otros derechos humanos. Eso implicaría basar las políticas en las cláusulas de excepciones, lo que no se condice con una perspectiva de derechos humanos, pero más aún, el riesgo es que ese análisis queda de manos de la OMC y sus órganos juzgadores, quienes son bien escépticos respecto de expandir las consideraciones de derechos humanos e incluso los derechos económicos, sociales y culturales.

El caso de US Shrimp/Turtle¹⁶⁹ da evidencia de que en realidad no se relacionó la noción de conservación de los recursos naturales no renovables con valores de derechos humanos; claro que eso podría ser posible, con la idea de desarrollo sustentable, pero ese no fue el análisis que se efectuó, ni se citó ninguna norma de derechos humanos, pues las consideraciones y la formación de esos expertos es generalmente económica. Sucede

¹⁶⁹ OMC. US Shrimp/Turtle (original in english). Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. doc wt/ds58/rw, 15 de junio de 2001.

entonces, que como la aproximación de OMC no es derechos humanos, se expanden innecesariamente los criterios de necesidad, por ejemplo, en los casos de Asbestos y de Korea Beef se encontró que una medida puede ser necesaria aún si no es indispensable para lograr un objetivo particular, así mientras la medida sea proporcional al objetivo se considera necesaria, e incluso se sostuvo que cuando valores como la vida humana están en juego el margen de apreciación para los reguladores nacionales, debe estimarse ampliamente.

Howse y Petersmann están de acuerdo en que se ejerza más control parlamentario nacional en las formas de hacer normas de la OMC, pero eso implica parlamentarios más informados y menos dependientes de los partidos que no supervisan al ejecutivo. Las personas deberían ser consultadas directamente por referéndum de los resultados de DOHA e informada de forma efectiva. Sin embargo, por las razones esbozadas previamente, Howse concluye que las leyes de mercado o un mercado abierto no siempre son la solución.

Alston¹⁷⁰, por su lado, asume una posición más radical en el debate. Y comienza expresando que la proposición de Petersmann no es derechos humanos, y que peor aún, llevarla a cabo conduciría a dañar o quebrar sustancialmente todos los logros de la evolución de esa doctrina. Seguir ese camino –opina- implicaría redefinir los derechos humanos siguiendo los principios liberales expuestos por Hayek, Pipes and Barnett. Recuerda que Steve Peers ha presentado un trabajo detallado, sostenido y medido de crítica a Petersmann en su afirmación de que existe un derecho humano al comercio.

El problema de fondo es si constitucionalizar la OMC, incluyendo los derechos humanos en su mandato, ayudaría a legitimarla y democratizarla. La teoría funcionalista

¹⁷⁰ Alston, Philip. Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: a Replay to Petersmann. New York University Law School. European Journal of International Law. Vol. 3 N°. Oxford, Oxford University Press. Original en: Alston, Philip. The Jean Monnet Program, Jean Monnet Working Paper, N°12/02. Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange. NYU School of Law. New York, NY. USA. 10012.

subyacente es que la integración económica de los mercados puede hacer más posible la efectividad y concreción de la protección de los derechos humanos, que el derecho internacional tradicional centrado en los Estados.

Alston se pregunta ¿si el modelo europeo, realmente es un modelo que todos quieran seguir? Y resalta el hecho de que, por las mismas razones que Howse expone, el mismo no tenía desde sus inicios las preocupaciones por derechos humanos en el centro de su actuar. Los derechos humanos no estaban ni siquiera mencionados en el Tratado de Roma de 1957; no existía entonces una visión integrada de derechos humanos para la comunidad. La Convención Europea de Derechos Humanos no hace el énfasis en los derechos económicos que Petersmann prefiere, y asume la concepción mundial de derechos humanos reconocidos, por lo menos antes del protocolo 1. Señala que la Convención, la Corte y la Comisión son los que han alcanzado logros significativos por la protección y eficacia de los derechos humanos, tratando de balancear aquella intención economicista.¹⁷¹

La Corte Europea de Justicia (ECJ) una sola vez se refirió a algo como un derecho al comercio y nunca más, por tanto no constituye jurisprudencia. Alston cita a Peers para afirmar que no hay un derecho al comercio. El libre movimiento de bienes, personas, servicios y capital como libertad fundamental en el criterio de la ECJ, ¿acaso adquiere el status de derecho humano? Su respuesta es negativa, y resalta lo conveniente de distinguir entre libertades fundamentales, derechos fundamentales, derechos humanos, etc.¹⁷²

En el marco de la OMC las garantías de libertad económica, no discriminación, y el derecho de propiedad, no son derechos conferidos a las personas en el sentido de derechos humanos. Los únicos derechos individuales conferidos son los contenidos en el ADPIC y estos deben guardar concordancia con el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los derechos humanos encuentran su base en el reconocimiento de la dignidad inherente a toda persona. Los derechos relacionados

¹⁷¹ Idem. (pág.12)

¹⁷² Ibidem, en pág 9.

con el comercio son otorgados por otras razones instrumentales que tienen que ver una aproximación específica de una política económica.

Según las bases filosóficas citadas por Petersmann, por ejemplo Pipes, `el Principal enemigo de la libertad no es la tiranía sino los intentos de igualdad (*striving*)` eso hace que su análisis se centre en la protección legal y judicial efectiva de los derechos de libertad y de propiedad. Y a pesar, de que se supone tiene en cuenta los derechos sociales, los mismos le presentan una contradicción al incorporar formas de redistribución que constituyen intromisión al derecho de propiedad.

Alston, expresa que en la discusión sobre la relación entre los derechos humanos y el comercio, es importante distinguir entre medios y fines. No es necesario que exista el derecho al libre comercio para que se hayan (como en efecto se han) disfrutado otros derechos humanos reconocidos internacionalmente. Aunque el dinero es en muchas maneras y en muchos contextos necesario para la realización de otros derechos humanos, nadie ha sugerido que existe un derecho humano al dinero en sí mismo, el cual en tal caso podría exigirse en el límite necesario para vivir una vida digna.¹⁷³

El derecho internacional de los derechos humanos, cuyas manifestaciones principales son la Declaración Universal y los dos Pactos Internacionales reconocen específicamente ciertos derechos que necesariamente por su naturaleza bajan de jerarquía a otros valores, que son vistos como medios para lograr aquellos. Es cierto también que la integralidad de ese *corpus juris* internacional ha sido desconocida por muchos gobiernos que pretenden imponer objetivos ideológicos.

Ni los derechos humanos universalmente reconocidos constituyen obligaciones *erga omnes per se*. Lo mismo con el carácter de *jus cogens* y cuáles son las pocas normas que han alcanzado ese nivel. El problema de fondo, es que se plantea que esos derechos supuestamente reconocidos en el plano internacional *-free trade-* pueden sobreponerse constitucionalmente a lo que los gobiernos o los organismos internacionales deseen hacer.

¹⁷³ Alston, ob cit. (pág.10)

Todavía no ha dejado de debatirse si las organizaciones internacionales están sujetas a los derechos humanos, en especial el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. ¿Cómo se prueba esa obligación legalmente? En la ONU existe la obligación pero los miembros son sólo los Estados. Del art. 28 de la DUDH se puede derivar esa obligación de sometimiento de todos al régimen internacional y a los derechos humanos.

Alston se pregunta sí acaso ¿Existe un derecho de integración mundial? No existe ni ha sido utilizado por la ONU ni por sus agencias especializadas, que se supone que son las encargadas de desarrollarlo e implementarlo. ¿Se requiere? ¿Debe seguir el modelo europeo o Norteamericano? Ese modelo no es aceptado ni querido por todos, o por lo menos eso habría que debatirlo. ¿Ha sido ese proceso dirigido al ciudadano? Tampoco ha sido guiado por el ciudadano que sólo se manifiestan a través de protestas; la agenda y los actores son los banqueros, las industrias, compañías de tecnología y farmacéuticas, y manufactureros, no el ciudadano común.¹⁷⁴

Petersmann al criticar la manera de la ONU y sus esfuerzos en materia de derechos humanos, coloca a la OMC como foro principal para lograr la efectividad de los mismos. Según él la OMC se ha constitucionalizado sobre la base de la regla de la razón. Pero por supuesto que este concepto estaría sujeto a un mecanismo de observancia de reglas de comercio, lo cual le quita el sentido a esa regla. Alston precisa la necesidad de recordar que el compromiso con el libre mercado es de arriba abajo impuesto por las élites.

Si el sistema actual no es efectivo en la ONU, menos en la OMC que también depende de los gobiernos en gran parte, es decir, que atiende a la misma lógica centrada en Estados; sólo que en este caso el Estado representa intereses comerciales de sus entes económicos. Todo implica poner la prioridad en la propiedad y el libre comercio sobre todos los otros valores y darles el imperativo de derechos humanos, ésta es la concepción neoliberal post segunda guerra mundial.

¹⁷⁴

Idem.

Petersmann y otros autores de esa tendencia utilizan el discurso del derecho internacional de los derechos humanos para describir una agenda que difiere ideológica y epistemológicamente de aquel. Aceptar una posición de ese tipo constituiría un quiebre total en la evolución de esa doctrina. Involucra no basarlos en la dignidad humana sino en políticas económicas, el efecto es que las personas se convertirán en objetos de derechos humanos y no titulares de estos. Considerar a las personas como agentes económicos, implicaría reformar las constituciones y los tratados sustancialmente para incorporar la ejecutabilidad y los límites reconocidos nacional e internacionalmente a esos derechos serían cada vez más restringidos.

Mejor es darle el centro correspondiente a la relación derechos humanos-comercio. En dos sentidos, el primero se centra en las maneras en dos cuerpos jurídicos separados pueden reconciliarse y complementarse en su mayor extensión y de la mejor manera. El segundo, es ampliar el debate de la proposición de Petersmann, de manera abierta, seria y sistemática, lo cual requiere fundamentos y revisar los presupuestos subyacentes de las propuestas.

Drahos¹⁷⁵, por otro lado, se suma a esta discusión resaltando que la lectura del artículo 17 que contempla el derecho a la propiedad en la Declaración Universal, en su segundo punto sugiere que la propiedad debe ser regulada por los Estados, de conformidad con la regla de la razón y no arbitrariamente. La Declaración es desarrollada por los dos Pactos los cuales en conjunto forman la carta magna de los derechos humanos.¹⁷⁶ En éstos se da énfasis a la libre determinación, soberanía nacional

¹⁷⁵ Drahos, Peter. Intellectual Property and Human Rights. Inspired in the discussion of the Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, organized by WIPO in collaboration with the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Geneva, November 9, 1998. Published in Intellectual Property Quarterly. I.P.Q. 1999, 3, 349-371.

¹⁷⁶ Page: 142
En este sentido es útil recordar la diferencia técnica entre la Declaración –así como la Carta Africana o la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo- y los Pactos, o las Convenciones Interamericana y Europea: las Declaraciones no son fuente de derecho internacional en el sentido del artículo 38.a del Estatuto de la CIJ (aunque podría argumentarse que lo son en otros sentidos); los Pactos y las Convenciones sí lo son, para los países signatarios. Otras convenciones que reconocen el derecho a la propiedad son la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

sobre los recursos y no discriminación. El Derecho liberal a la Propiedad no figuró allí. El art. 15 del Pacto manifiesta el balance poniendo énfasis en el ser humano y la difusión del conocimiento.

Algunos otros instrumentos de derechos humanos, como la Carta Africana¹⁷⁷ en el art. 14 y la Convención Americana¹⁷⁸ en el art. 21 reconocen el derecho a la propiedad.. Pero al mismo tiempo esos instrumentos reconocen las limitaciones de la propiedad por los intereses públicos o generales y el deber de una justa compensación. El art. 1 Protocolo 1 de la Convención Europea no lo reconoce como un derecho, porque genera controversias, pero sí como una libertad que debe ser garantizada por el Estado en concordancia con el interés público. Es claro que hay un reconocimiento internacional de ese derecho, si no lo hubiese, no habría diplomacia, comercio, inversión, etc. Su reconocimiento en los instrumentos antes señalados nos obliga a concluir que la propiedad constituye un derecho humano, sin embargo, es importante destacar que todo reconocimiento que se ha dado al derecho de propiedad siempre ha estado restringido y se acepta tanto en el derecho internacional público como el privado, la potestad de los Estados de limitarlos y someterlos a intereses públicos o generales.

Los derechos fundamentales según Schermers “son derechos humanos de tal importancia que su protección internacional incluye el derecho incluso la obligación de hacerlos cumplir o garantizarlos internacionalmente”¹⁷⁹, por tanto, concluye que en general los derechos de propiedad no entran en esa categoría. He allí un gran problema conceptual de querer reconocer el derecho a la propiedad como un derecho fundamental. Derechos fundamentales o normas fundamentales de derechos humanos son las que prohíben el genocidio, la discriminación por raza, religión y sexo, la prohibición de

Racial (Art.5dv) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Art.16h)

¹⁷⁷ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul). Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, en Nairobi, Kenya.

¹⁷⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, noviembre de 1969.

¹⁷⁹ Schermers en Drahos, Peter. Intellectual Property and Human Rights... ob cit. Pág. 7.

tortura y esclavitud. Ni siquiera todos los derechos humanos adquieren el nivel de derechos humanos fundamentales, menos aún los de propiedad.¹⁸⁰

El derecho de propiedad se va reconceptualizando y cambiando constantemente. El derecho de propiedad sobre la información más aún, los derechos humanos se van expandiendo a su vez y cada vez más entran en conflicto con la propiedad en relación a la información.

Las normas de derechos humanos son redactadas en términos muy generales que requieren luego precisión. La Declaración de Principios de los Derechos Indígenas (1984) por ejemplo, es una declaración de la Cuarta Asamblea del Consejo Mundial de Pueblos o personas Indígenas que conjuntamente con la Convención de Diversidad Biológica (1992) reconoce el concepto de propiedad intelectual indígena, pero lo hace en un lenguaje que requiere especificación de su contenido a través de Protocolos u otros instrumentos. En contraste con lo anterior, la mayoría de las normas internacionales de propiedad intelectual emanan directamente de tratados.

La Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986, aunque aún es objeto de debate, contiene el derecho de decidir el modelo de desarrollo, los derechos de propiedad intelectual, entran en conflicto con éste, por ejemplo, el sistema de protección mediante patentes, a través del incremento de los precios, restringe el acceso a medicamentos que pueden salvar la vida de una persona, afectando el derecho de la salud de los Estados más pobres. Por tanto, no es preciso decir que los DPI ayudan al desarrollo o viceversa.

La tecnocracia de los expertos en propiedad intelectual es un hecho difícil de manejar. Pero además son una comunidad que funciona bajo un modelo epistémico específico y ese modelo es usado para interpretar hoy día los estándares de protección y los intereses de los usuarios de la información (artistas, autores, consumidores, etc) influenciando a los gobiernos respecto de violaciones, dominio publico, licencias obligatorias, etc; en especial, los gobiernos hasta ahora productores de conocimiento

¹⁸⁰ Idem.

(EU, Europa y Japón, pues, de esos resguardos depende de su política económica)¹⁸¹. Ellos han vinculado directamente la propiedad intelectual al comercio y por tanto a los derechos humanos, a través de la institucionalidad del OMC manejada por una élite tecnocrática.

Los sistemas de IP no son pensados en función de los derechos humanos a pesar de que estas normas le son instrumentales. La creación de conocimiento depende en la difusión de la información disponible, la libertad de expresión y el derecho a la educación (DH) tienen que ver directamente con esa difusión, además de las normas de la apropiación. Derechos de propiedad eficientes sobre la información son el desafío de los legisladores en la era digital, sin embargo, el impacto que estos tienen en el bienestar de las personas, son un riesgo demasiado alto a dejar a expensas de los expertos en PI que no dialogan con los de derechos humanos y viceversa.

II. La propuesta de un Análisis Jurídico Integral.

Una vez teniendo claros los criterios relevantes en la discusión actual sobre las tensiones entre los DPI-DDHH, esta sección responde la interrogante de ¿Cómo se traduce ese análisis jurídico integral en el área de los derechos económicos y en especial, en los derechos de propiedad intelectual?

1. Entender los Derechos de Propiedad Intelectual, como derechos excepcionalmente monopólicos, partiendo del fundamento jusfilosófico de su protección y considerando también en concreto su contenido y alcance. Incluiría comprender la naturaleza de los derechos morales dentro del ámbito de los derechos de autor; elaborar propuestas que permitan que los sistemas de DPI actuales sean lo suficientemente amplios para contemplar dentro de sí, no sólo las nuevas tecnologías, sino también los

¹⁸¹ La OMPI en el Informe Anual 2008, reconoce que existe un problema relacionado con una gran concentración de patentes en pocos países y poca participación de los países en desarrollo, ya que cinco naciones representan el 76% de todas las solicitudes de patente: Estados Unidos, Japón, Corea, Alemania y China.

conocimientos tradicionales de manera de coadyuvar a la efectividad de los DH de ese grupo vulnerable, en especial, sus derechos económicos, sociales, culturales, sin discriminación y respetando la diversidad biológica.

2. Pensar en la OMC como un organismo vinculado a la ONU, que está obligado también a la realización de los fines últimos de aquella entidad (Paz y DDHH), contenidos en la Carta de Naciones Unidas (art.1.3, 55 y 56). Del art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también podría desprenderse efectivamente esa obligación respecto de las organizaciones internacionales, pero además, así lo ha interpretado el comité de los DESC cuando en su declaración de mayo de 1998 deja establecido que "las organizaciones internacionales con responsabilidades específicas en esos campos deben desempeñar una función positiva y constructiva en relación con los derechos humanos".¹⁸²

De hecho, el Acuerdo de Marrakech, por el que se crea la OMC, señala en el preámbulo como objetivos o supervalores de la organización "elevar los niveles de vida, desarrollo sostenible, procurando proteger y preservar el medio ambiente, realizar esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico y eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales".

Se apoya en el argumento de que hay que integrar los diversos derechos humanos y crear una sensibilidad dentro de la OMC. Sería deseable que ese organismo tuviera un acercamiento más integral y fuera más sensible a las consideraciones de derechos humanos, incluso que impusiera sanciones a los miembros que los violaran, pero es claro que su diseño, estructura o forma de operar no es la que tendría una organización de derechos humanos (o al menos con esa perspectiva). En ella no están representados los intereses sociales, políticos o culturales de todos, sino sólo los económicos de los

¹⁸² ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Declaración de Mayo de 1998.

productores. La no discriminación en el comercio entre partes desiguales constituye un trato discriminatorio injustificado. La idea de democracia es formal, e implicaría quizás darles un lugar a los que se reparten poder, por eso, lo relevante sería llevar a cabo un proceso inclusivo y permanente que comprometa a la sociedad civil, ONGs y a los actores políticos en todas las actividades de la OMC.

En la ONU¹⁸³ se ha instado a la OMC a emprender un examen de toda la gama de políticas y normas internacionales de comercio e inversión, a fin de asegurar que sean compatibles con los tratados, la legislación y las políticas vigentes encaminadas a proteger y promover todos los derechos humanos. De igual forma ha instado a los miembros de la OMC a que procuren que las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se consideren prioritarias en las negociaciones, como reflejo de la adhesión de los Estados a toda la extensión de sus obligaciones internacionales. Ese examen debería tratar como cuestión de máxima prioridad la repercusión de las políticas de la OMC en los sectores más vulnerables de la sociedad, así como en el medio ambiente (Párrafos 2,5, 6 y 8).

De igual forma en la ONU se ha declarado que el gobierno mundial tiene que estar impulsado por una preocupación por la persona y no sólo por consideraciones puramente macroeconómicas. Las normas de derechos humanos deben conformar el proceso de formulación de la política económica internacional a fin de que los beneficios para el desarrollo humano de la evolución del régimen del comercio internacional sean compartidos equitativamente por todos.

El Comité de los DESC reconoce el potencial de la liberalización del comercio para generar riqueza, pero es también consciente de que la liberalización del comercio, las inversiones y las finanzas no crean ni conducen necesariamente a un entorno favorable para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. La liberalización del comercio debe entenderse como un medio no como un fin. El fin es el

¹⁸³ ONU. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas a la tercera conferencia ministerial de la Organización Mundial del Comercio. Ginebra, 15 de noviembre a 3 de diciembre de 1999. Doc. E/c.12/1999/9

objetivo del bienestar humano expresado en los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁸⁴

Por tanto, la OMC debe tener en cuenta en sus decisiones respecto de los ADPIC o ADPIC plus (que por el principio de NMF y TN ahora abarca a todos los miembros OMC) los derechos humanos. Aun cuando no puedan hacerlos directamente exigibles, ni sancionar por falta de competencia, sí pueden respetarlos y darles la especial consideración que merecen los países en desarrollo.

3. Posicionar correctamente los derechos humanos en conflicto (el derecho de propiedad y el derecho a la salud o la vida). Como se vio antes, el derecho de propiedad es un derecho legítimamente protegido y reconocido internacionalmente por diversos cuerpos jurídicos incluso de derechos humanos. La propiedad entonces, es un derecho humano consagrado internacionalmente cuyo reconocimiento y protección han estado desde siempre limitados por los intereses públicos, generales o colectivos.¹⁸⁵ La protección de la salud pública y la vida de las personas constituyen también derechos humanos que resguardan un interés público o general. Las normas de prohibición de discriminación constituyen parte del *jus cogens*, por tanto, son normas imperativas del derecho internacional que no pueden ser derogadas por las partes. Si bien, el derecho a la salud íntegramente no entra en esa categoría, si están comprendidos los elementos del derecho a salud atinentes a la no discriminación en el acceso igualitario a los medicamentos. En situaciones de tensión se debe inclinar la balanza dándole énfasis al derecho colectivo a la salud frente al derecho particular de propiedad del titular de una patente.

Considerar el contenido y alcance de estos derechos, implica comprender también la trascendencia e importancia que tiene la propiedad sobre la información, ya que ésta a la vez impide la difusión de la misma afectando la libertad de expresión, en su doble

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ Cohn, Marjorie. "The World Trade Organization: Elevating Property Interests Above Human Rights" Georgia Journal of International and Comparative Law (2001). Pp. 427-440.

sentido, que ha sido entendida internacionalmente no sólo como el derecho y libertad de expresar su propio pensamiento, sino también como el derecho y libertad de *buscar, recibir y difundir* informaciones e ideas de toda índole.¹⁸⁶

La apropiación de la información y su difusión, también inciden en el derecho a la educación, del cual depende en última instancia que los países en desarrollo dejen de ser “consumidores” y pasen a ser generadores de nuevos conocimientos protegibles en los sistemas de DPI actuales. La propiedad sobre la información traducida en sistemas de propiedad intelectual que sobreprotegen las patentes de productos farmacéuticos, impacta de igual forma el derecho a la salud, el derecho al desarrollo (con la correspondiente necesidad de elegir la vía para el mismo) y la transferencia de tecnología afectando principalmente a los grupos más pobres y más vulnerables.

4. Considerar las características especiales de los DESC y las obligaciones especiales que de ellos derivan: *Respetar Proteger, Asegurar y Promover* los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, particularmente, el derecho social a la salud, en relación al derecho a la vida digna. Tener presente la posibilidad que con la doctrina de los “*core obligations*” o obligaciones mínimas respecto de estos derechos, se puede generar una nueva dicotomía, pero ese concepto a la vez, envuelve la noción de obligatoriedad de al menos lo mínimo de las obligaciones que son directamente exigibles frente a los Estados.

5. Evaluar ADPIC Plus, que no fueron negociados multilateralmente, con test de derechos humanos cuando ellos impiden a los Estados adoptar políticas públicas para la realización de los derechos sociales. En lo concreto, se pueden evaluar normas específicas de sobreprotección de patentes de productos farmacéuticos que afectan el

¹⁸⁶ Esta acepción del derecho de libertad de expresión que se desprende de la Declaración Universal, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, es pacífica en la jurisprudencia y la doctrina. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reseñado suficientemente su contenido y alcance en los siguientes fallos: Caso López- Álvarez. Sentencia del 1 de Febrero de 2006. Caso Palmera Iribarne, del 22 de nov de 2005, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia del 19 de Sep de 2006, entre muchos otros.

derecho humano de acceso a medicamentos para todos, a la luz del principio de no discriminación (por razones de pobreza), prestando especial atención a los grupos más vulnerables (como personas con VIH-sida o grupos indígenas).

El test implica justificar los criterios de necesidad, proporcionalidad, y la pretensión de lograr fines legítimos (deben ser justos, objetivos y razonables evaluados en el contexto de las sociedades democráticas). El principio de no discriminación desde una perspectiva de derechos humanos, comporta fijar los límites entre las distinciones justificadas e injustificada, a través de la diferenciación entre un trato idéntico y un trato igualitario, pues, un trato idéntico entre personas desiguales es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente.¹⁸⁷

Además un ente juzgador debe observar con mayor rigor el cumplimiento de los requisitos del test en relación a lo que se denominan las “categorías sospechosas internacionalmente”, que son aquellos grupos históricamente relevados o discriminados y frente a los cuales el Estado, en virtud de su obligación de garantía, debe adoptar disposiciones de derecho interno y tomar medidas orientadas a eliminar o erradicar las condiciones que causan o perpetúan la discriminación que se ha producido de facto y que tiendan a garantizar la igualdad en derechos y libertades sin que puedan imponerse a las minorías las decisiones mayoritarias, sin considerar en lo absoluto sus derechos; esto es lo que se ha llamado “Acción Afirmativa”.¹⁸⁸

El principio de no discriminación en el ámbito comercial debe seguir los criterios que en relación al mismo se han desarrollado desde la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, para asegurar la no conculcación de ese tipo de derechos, y en especial, de los derechos económicos, sociales y culturales.

También conlleva observar y hacer seguimiento de la obligación estatal de no seguir contrayendo obligaciones extras que constituyen violación del derecho a la vida

¹⁸⁷ Bayesfsky, Anne F. El principio de Igualdad y no Discriminación en el Derecho Internacional. Título original: “The principle of equality or non-discrimination in International Law”. Human Rights Journal. Vol. 11. N°1-2. 1990. Pág 1-34. Traducción del Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile.

¹⁸⁸ Idem.

digna, concretamente, en lo que atañe al derecho a la salud. Esas violaciones como se vio no sólo derivan de la acción directa del Estado, si no también de la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que ellos violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, (como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos); la promulgación de legislación o adopción de políticas o de cualesquiera medidas regresivas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud.

Involucra tener en consideración las diversas maneras de generar normas ADPIC Plus, a través del cambio de legislación vía *hard law*, impuestas de arriba abajo a través de normas de competencia, inversión y trabajo. El Estado que no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales, viola igualmente el derecho a la salud.

6. Otorgar especial atención a la implicancia de las sanciones económicas en la realización de los derechos humanos. El Comité de los DESC ha dejado establecido que al considerar las sanciones, resulta esencial distinguir entre el objetivo básico que se persigue al ejercer una presión política y económica sobre la minoría gobernante del país para persuadirla a que respete el derecho internacional y la imposición colateral de sufrimientos a los grupos más vulnerables del país en cuestión.

Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe respetar los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado. Por eso el Comité recomienda las siguientes pautas básicas:

- En primer lugar, los derechos (E,S,C) deben ser tenidos plenamente en cuenta al diseñar el régimen de sanciones adecuado.
- En segundo lugar, durante todo el período de vigencia de las sanciones se debe proceder a una vigilancia efectiva, en todo caso requerida por las disposiciones del Pacto. Cuando una entidad externa (como la OMC) asume una responsabilidad incluso parcial por la situación de un país, asume también inevitablemente la responsabilidad de hacer todo lo que esté a su alcance para proteger los derechos económicos, sociales y culturales de la población afectada.
- En tercer lugar, la entidad externa tiene la obligación de "adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas para responder a todo sufrimiento desproporcionado impuesto a los grupos vulnerables del país de que se trate".¹⁸⁹

No se trata de justificar el incumplimiento de algunos Estados de obligaciones económicas internacionales; lo que se pretende, más bien, es insistir en que no se debe responder a un comportamiento ilícito con otro comportamiento ilícito que no preste atención a los derechos fundamentales subyacentes que legitiman esa acción colectiva.

En ese contexto es importante también prestar la debida atención a la posible legitimación de sanciones unilaterales que pueden surgir en el marco de los TLC con su propio mecanismo de solución de diferencias, en especial respecto de los países en desarrollo.¹⁹⁰

7. Humanizar el comercio y efectivizar los derechos humanos, entendiendo el papel de los recursos económicos, la importancia y trascendencia de las cuestiones comerciales para los Derechos Humanos. Distinguir las características diferentes de los

¹⁸⁹ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 8 de la Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales. 12/12/97. Doc. E/C.12/1997/8. párrafos 4, 7, 12, 13 y 14.

¹⁹⁰ Cleveland, Sarah. "Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compatibility" *Journal of International Economic Law*. Vol. 5 (2002). Pp. 133-188.

dos tipos de derechos, los DPI constituyen una forma de aproximación específica a la política económica, y por tanto, son medios instrumentales que deben perseguir como fin la protección, promoción, respeto y garantía de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos buscan la realización de fines superiores, comunes y trascendentes vinculados a la dignidad humana. Conlleva a darle el centro correspondiente a la relación derechos humanos-comercio, centrándose en las maneras en esos cuerpos jurídicos separados pueden reconciliarse, armonizarse, y complementarse en su mayor extensión, para llegar a superar el fenómeno de fragmentación del derecho internacional contemporáneo.

CONCLUSIONES

Se presentarán las conclusiones en correspondencia con los objetivos propuestos, asumiéndose que los objetivos específicos permitieron el logro del objetivo general, el cual nos conduce a la conclusión final.

1. En relación al primer objetivo específico planteado en esta investigación: determinar qué son los ADPIC, de dónde surgen y el contexto de su creación, se estableció que el ADPIC con sus antecedentes en la normativa del GATT y la legislación estadounidense, implicó que desde las negociaciones y en virtud del principio de “*single undertaking*” una influencia directa para ratificar el tratado mediante presiones que consistían en otorgar ventajas económicas a los países que protegieran adecuadamente los derechos de propiedad intelectual. En especial, se procuró la protección de los derechos de los países desarrollados quienes son los principales titulares de los mismos.

Se constató igualmente que el hecho de que se desplazara el foro de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (que era el organismo de Naciones Unidas encargado de administrar los tratados en esta materia) hacia la Organización Mundial de Comercio, obedeció a varias circunstancias. La primera de ellas, tuvo que ver con la internalización de la importancia que tienen los derechos de propiedad intelectual para el comercio en el contexto de un mundo globalizado. La segunda, es el hecho de que esa organización y la elaboración de normas en la misma se regían por el principio de “un Estado un voto” y por tanto, los países en desarrollo tenían una participación cada día más creciente e incluso podían superar en número a los países desarrollados, de allí que se estuviera abogando por la protección de la propiedad intelectual en términos que coadyuvara a la transferencia de tecnologías y a resolver las preocupaciones vinculadas al desarrollo.

Por otro lado, ADPIC significó un cambio el paradigma trascendental respecto de la filosofía que subyace el motivo de protección de la PI, al mismo tiempo, implicó la universalización de unos estándares mínimos que excluían materias de vital importancia

para los países en desarrollo y sus formas de generar conocimiento, como por ejemplo, los conocimientos tradicionales y la Convención sobre Diversidad Biológica la cual permitía cierta autonomía a los Estados en la utilización y conservación de los recursos biológicos y obligaba al reparto equitativo de beneficios, bajo el consentimiento libre e informado de las comunidades de origen.

Finalmente, el ADPIC con las características antes señaladas conllevó reformas legislativas en toda América Latina para adecuar las normas de DPI a los estándares mínimos impulsados por los países desarrollados.

2. En torno al objetivo segundo de este estudio: establecer los estándares internacionales que se fijan a partir de los ADPIC, se verificó que los nuevos estándares internacionales comportan la aplicación de los principios generales del comercio en el ámbito de la PI. El principio de nación más favorecida, por ejemplo, acarrea como consecuencia que las ventajas que otorgue un miembro a otro en el marco de los TLC bilaterales, sean exigibles por cualquiera de los otros miembros de la OMC. Otros estándares consistieron en la fijación de niveles mínimos para la protección de cada categoría de derechos de propiedad intelectual abarcando en estos regímenes más y nuevas materias que antes carecían de protección en algunos países, especialmente, las patentes de productos farmacéuticos. El fortalecimiento de la protección otorgando plazos más largos durante los cuales tienen que ser respetados los derechos exclusivos, la incorporación de nuevos sistemas de observancia de esos derechos y la adopción de normas de mecanismos de solución de diferencias, también evidencian este fenómeno. Se reconocieron lapsos transitorios, para países en desarrollo y menos adelantados que igual deben adecuarse a las normativas internacionales

3. El objetivo tercero: identificar las obligaciones del Estado en relación a los ADPIC, develó que las nuevas obligaciones en relación a los ADPIC, comprenden proteger mediante patente todas las áreas de la tecnología, sean de productos o de procedimientos, por un lapso mínimo de 20 años; invertir la carga de la prueba en los procedimientos civiles relacionados a patentes de procedimientos; establecer excepciones limitadas a los derechos de patentes que no atenten de manera injustificable

contra la explotación normal, ni causen un perjuicio a los legítimos intereses del titular, en otras palabras, esto conlleva otorgar las licencias obligatorias o efectuar las importaciones paralelas de acuerdo con los 12 requisitos taxativos enunciados en el artículo 31. La consecuencia de incumplir estas obligaciones es someterse al entendimiento de solución de diferencias de la OMC, que tiene características económicas y en el cual se pueden plantear incluso reclamaciones no basadas en infracción del Acuerdo, es decir, se permite accionar por cualquier situación, en que una parte considere que indirectamente una ventaja o privilegio pudiera ser menoscabada.

4. Para dar cumplimiento al objetivo cuarto: elaborar una definición de los ADPIC PLUS se construyó una definición de ADPIC plus, y se identificaron nuevas formas de generación de este tipo de normas a través de la regulación de manera más estricta de algunos de los temas contenidos en el ADPIC, por medio de los TLCs; estableciendo normas -que se imponen desde arriba- y no están comprendidas en el acuerdo multilateral por medio de legislación de competencia, inversión, trabajo, ambiente; obligando a ratificar nuevos tratados en materia de DPI a través de los TLCs bilaterales; y acordando o cediendo en relación a interpretación de reglas en el OSD que superan lo establecido en el ADPIC.

5. El objetivo quinto: señalar las obligaciones adicionales que se crean en materia de propiedad intelectual con la ratificación de los Tratados de Libre Comercio bilaterales, demostró que los TLC bilaterales incrementan las obligaciones que ya se había fijado en el ADPIC, y que especialmente, respecto de productos farmacéuticos la protección se hace más fuerte a través de el reforzamiento de las disposiciones sobre autorizaciones sanitarias y de comercialización, el ajuste del plazo de protección de una patente para compensar las demoras injustificadas que se susciten durante el proceso para su otorgamiento, la prohibición de usar la información no divulgada relativa a la seguridad y eficacia de los productos farmacéuticos, y el reconocimiento de que el otorgamiento del permiso de comercialización a terceros requiere el consentimiento o aquiescencia del titular de la patente. Con el mismo ánimo estas normas de carácter ADPIC Plus obligan a ratificar nuevos tratados, a patentar plantas y otros organismos vivos, a extender los

lapsos de vigencia, y en algunos casos restringen los lapsos que otorgaba el ADPIC para la entrada en vigencia en los países en desarrollo. A través de normas ADPIC PLUS se fortalecen los derechos de patentes con medidas más estrictas de observancia.

6. El objetivo sexto: identificar las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos, permitió dilucidar las particularidades que presentan los tratados de derechos humanos las cuales inciden en la interpretación de las dos principales obligaciones internacionales que existen en esta área, a saber: respetar y garantizar todos los derechos humanos sin discriminación. Se determinó igualmente que esta clase de tratados no pueden ser interpretados a la luz de concesiones recíprocas, como en los tratados clásicos, pero sí en la búsqueda de la realización del propósito último de la protección de los derechos fundamentales del ser humano porque los mismos enfatizan el predominio de consideraciones de interés general o de orden público que trascienden los intereses individuales de las partes contratantes. Además, la afirmación del principio de respeto y observancia universal de los derechos humanos, el principio de efectividad, y la interpretación teleológica, progresista, dinámica o evolutiva de los Derechos Humanos, no permiten una hermenéutica restrictiva o que conlleve menoscabo de los derechos y libertades, sino que requieren una interpretación uniforme del *Corpus Juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

7. El cumplimiento del objetivo séptimo: describir los aportes de la doctrina de los derechos económicos, sociales y culturales, permitió identificar las obligaciones particulares de *Respetar, Proteger, Asegurar y Promover* en torno a estos derechos. De la misma forma se constató que en virtud de la indivisibilidad de los derechos humanos, la realización plena de derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Todo lo cual da evidencia de la complementariedad e interacción de las dos clases de derechos. Los desarrollos doctrinarios en relación a los DESC permitieron concluir que a pesar de la realización progresiva de algunos derechos existen obligaciones mínimas o "*minimum core obligations*" las cuales son obligatorias y de exigibilidad inmediata respecto de los derechos consagrados, y en caso de no cumplimiento, subsiste la obligación de probar

que se utilizó el máximo de recursos disponibles para hacerlas cumplir, en especial, respecto de los sectores y miembros más vulnerables de la sociedad. Quedó establecida igualmente la aplicabilidad inmediata de determinadas disposiciones por órganos judiciales y la obligación de adoptar medidas y buscar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retroceso y sin discriminación. Por las razones antes esbozadas, la interpretación de los ADPIC y ADPIC Plus, debe intentar armonizar la protección de los derechos de propiedad intelectual con el respeto, la protección, la garantía y la promoción del derecho a la salud para todos sin discriminación, incluido el acceso a medicamentos de parte de los grupos más vulnerables (personas más, personas que padecen VIH, entre otros). Por ende, el necesario balance entre los intereses públicos y privados a la luz del art. 15 del Pacto sobre los DESC, implica reconocer, por un lado, que todos tienen derecho a formar parte de la vida cultural y disfrutar los beneficios de los avances de la ciencia; y por otro lado, coexiste el derecho de cada uno de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales del resultado de su producción artística, literaria o científica. Tener en cuenta una perspectiva de derechos humanos obliga a plantearse ese balance e identificar si se le da énfasis al derecho de inventores o autores o al derecho público de acceso al conocimiento pero siempre con miras al objetivo de promover, proteger y garantizar el respeto de los derechos humanos.

8. En torno al objetivo octavo: explicar el impacto de la propiedad intelectual en los derechos humanos, concretamente en el derecho a la vida y la salud, se pudo verificar que los TLC con normas de tipo ADPIC plus, afectan al mismo tiempo el derecho a la vida y el derecho a la salud. El derecho a la vida en su acepción más amplia incluye la noción de vida digna la cual requiere que la persona pueda gozar de niveles adecuados de salud. De allí que el hecho de adquirir obligaciones con estándares cada vez más elevados que no tengan en cuenta el derecho a la salud en el ámbito comercial y la excesiva protección de los medicamentos patentados que genera alza en los precios de los mismos puede constituir una discriminación de facto respecto de las personas más pobres conduciendo a lesiones corporales, morbosidad o mortalidad evitable de la cual sería responsable el Estado por no cumplir con la obligación de respeto. Caben en este

tipo de violaciones las desregulaciones de las empresas titulares de patentes de productos farmacéuticos y la falta de regulación a través de leyes de competencia en relación al derecho a la salud. La no regulación de los casos de excepción o extrema urgencia que permiten hacer uso de las licencias obligatorias, el no regular o sancionar los abusos de derechos de la PI; se constituyen en violaciones a la obligación de proteger el derecho a la salud. La falta de una política nacional y correspondiente plan de acción que examinen o tomen en cuenta los efectos de los ADPIC y ADPIC plus y las obligaciones allí contraídas con su impacto en la salud pública, en especial, en relación a los sectores más pobres en lo atinente al acceso a los medicamentos, constituirían violaciones de la obligación de cumplir.

9. El objetivo noveno: establecer relaciones de armonización, subordinación o prelación de los derechos en estudio, permitió identificar las diferencias entre DPI y DDHH, para llegar a establecer que el ADPIC no comprende una perspectiva de derechos humanos, también se concluyó que la propuesta de resolver por leyes de competencia los problemas que surgen de las relaciones entre los derechos en tensión, son insuficientes y no otorgan respuestas satisfactorias. Estudiadas las pautas en la convención de Viena, se verificó la hipótesis y se resolvió el problema determinando que en caso de eventual conflicto los entes juzgadores están obligados a considerar la defensa desde la perspectiva de derechos humanos planteada por un Estado, sin embargo, aún que esta debe ser evaluada, quedaría de parte de ellos ver sobre cual fijan el balance, siendo que la propiedad y la vida o la salud son todos derechos humanos consagrados y reconocidos internacionalmente, de allí la necesidad de superar el análisis jurídico tradicional.

10. Finalmente el objetivo décimo consistió en formular propuestas para un análisis jurídico integral de los derechos de propiedad intelectual que abarque los derechos humanos. Este análisis tuvo como norte entender los Derechos de Propiedad Intelectual, como derechos excepcionalmente monopólicos, partiendo del fundamento jusfilosófico de su protección y considerando también en concreto su contenido y alcance; pensar en la OMC como un organismo especializado de Naciones Unidas, que está obligado también a la realización de los fines últimos de aquella entidad, entre ellos la paz y el

logro efectivo de los DDHH. Implicó de la misma forma tener que posicionar correctamente los derechos humanos en conflicto: el derecho de propiedad vs. el derecho a la salud o la vida; considerar las características especiales de los DECS y las obligaciones especiales que de ellos derivan, particularmente, el derecho social a la salud, en relación al derecho a la vida digna sin discriminación; evaluar ADPIC Plus con test de derechos humanos cuando ellos impiden a los Estados adoptar políticas públicas para la realización de los derechos sociales; otorgar especial atención a la implicancia de las sanciones económicas en la realización de los derechos humanos; y por ultimo, humanizar el comercio y efectivizar los derechos humanos, entendiendo el papel de los recursos económicos, la importancia y trascendencia de las cuestiones comerciales para los Derechos Humanos.

Todo lo anterior logró el cumplimiento del objetivo general de la investigación que requería analizar los ADPIC y los ADPIC PLUS desde una mirada integral del Derecho Internacional, con el fin de elaborar propuestas para resolver las situaciones de tensión entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos humanos. Así se le otorgó el foco correspondiente a la relación derechos humanos-comercio, centrándose en la manera como esos cuerpos jurídicos separados pueden reconciliarse, armonizarse, y complementarse en su mayor extensión, para llegar a superar el fenómeno de fragmentación del derecho internacional contemporáneo hacía formas más holística de resolver problemas jurídicos concretos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABBOTT, FREDERICK. Right to Health. The Rule of Reason and the Right to Health: Integrating Human Rights and Competition Principles in the context of Trips. presented at World Trade Institute forum, 13-14 June 2003.
2. ABBOTT, FREDERICK M. Compulsory Licensing for Public Health Needs: The TRIPS Agenda at the WTO after the Doha Declaration on Public Health. Ocasional Paper N°9. Quaker United Nations Office. 2002.
3. ABRAMOVICH, VICTOR Y COURTIS, CHRISTIAN. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Editorial TROTTA. 2002. España. 254p.
4. ADOLF, HUALA. Trade-related Aspects on Intellectual Property Rights and Developing countries. In: Developing economies. XXXIX-1 (March 2001) Pág. 49-84.
5. ALSTON, PHILIP. Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: a Replay to Petersmann. New York University Law School. European Journal of International Law. Vol. 3 N°. Oxford, Oxford University Press. Original en: Alston, Philip. The Jean Monnet Program, Jean Monnet Working Paper, N°12/02. Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange. NYU School of Law. New York, NY. USA.
6. ASAMBLEA DEL CONSEJO MUNDIAL DE PUEBLOS O PERSONAS INDÍGENAS. Declaración de Principios de los Derechos Indígenas. (1984) Cuarta sesión.
7. BAENA, LORIS. Derechos Humanos versus Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Jornadas de Derecho Internacional. 2004, p. 163-182.

8. BALASUBRAMANIAM, K, Access to Medicines and Public Policy Safeguards Under TRIPS. TRIPS and Public Health. Chapter 13. Trading in Knowledge. Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability. Ed. Bellman, Dutfield and Meléndez Ortiz. International Center for Trade and Sustainable Development. EARTHSCAN Publications LTd. London, Sterling, VA. 2003. pág 135-155.
9. BAYESFSKY, ANNE F. El principio de Igualdad y no Discriminación en el Derecho Internacional. Título original: "The principle of equality or non-discrimination in International Law". Human Rights Journal. Vol. 11. N°1-2. 1990. Pág 1-34. Traducción del Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile.
10. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. Comisión Sobre Propiedad Intelectual. 8 de oct de 2001. Ginebra Suiza.
11. CANÇADO TRINDADE, ANTONIO A. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile. 2ª edición actualizada. 2006. 560 pp.
12. CLEVELAND, SARAH. Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compatibility. Journal of International Economic Law. Vol. 5 (2002). Pp. 133-188.
13. COHN, MARJORIE. The World Trade Organization: Elevating Property Interests Above Human Rights. Georgia Journal of International and Comparative Law (2001). Pp. 427-440.
14. COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, United Kingdom. WTO TRIPS Agreement and Its Implications for Access to Medicines in Developing

Countries, Study Paper 2a, November 2001 (En: <http://www.iprcommission.org>, visitada: 8/8/08)

15. CORREA, CARLOS. Health and Intellectual Property Rights. Bulletin of World Health Organization. 2001. p. 381. (a)

16. CORREA, CARLOS. Some Assumptions On Patent Law And Pharmaceutical R&D. Ocasional Papel N°6. Quaker United Nations Office. 2001. (b)

17. CORREA, CARLOS M. Acuerdo Trip's en América Latina. Armonización vs. Diferenciación de los Sistemas de Propiedad Intelectual. Temas de Derecho Industrial y de la Competencia. 2da Edición. Buenos Aires. Argentina. 2000.

18. COTTIER, THOMAS; PAUWELYN, JOSST; AND BURGI, ELISABETH (Editors). Human Rights and International Trade. Oxford. University press. USA. 2005.

19. DRAHOS, PETER. Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting". In: The Journal of World Intellectual Property. 2002. Pag.765-790

20. DRAHOS, PETER. Intellectual Property and Human Rights. WIPO in collaboration with the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Geneva, November 9, 1998. Published in Intellectual Property Quarterly. I.P.Q. 1999, 3, 349-371.

21. DWORKIN, RONALD. El imperio de la ley. Editorial Gedisa. Barcelona. 1992. p.269.

22. FORTÍN, CARLOS. Régimen Jurídico del Comercio Internacional y Derechos Humanos: una Compleja Relación. En: Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. 2008.

23. GATT Document MTN.GNG/NG11/W/70. May, 11, 1990. Communication from United States.
24. GATT Document MTN.GNG/NG11/w/68, March 29, 1990. Communication from European Community.
25. GATT Document MTN.GNG/NG11/w/74, May 15, 1990. Communication from Japan
26. GATT Document MTN.GNG/NG11/w/73. May 14, 1990. Communication from Switzerland
27. GATT Document MTN.GNG/NG11/W71, May 14, 1990. Negotiating group on trade related aspects of intellectual property rights including trade on counterfeit goods” Communication from Argentina, Brazil, Chile, China, Colombia, Cuba, Egypt, India, Nigeria, Peru, Tanzania, Uruguay and Pakistan.
28. GATT FOCUS, N63, 1989, p.8-8
29. GATT de 1994. Decisión sobre la Diferenciación y Trato Más Favorable, Reciprocidad, y mayor participación de los países en desarrollo. GATT 26th Supp. BISD 203 de 1980, p.205 y su nota interpretativa en el Anexo I del GATT
30. HOWSE, ROBERT. Human Rights in the WTO: Whose rights? What humanity? Comment on Petersman. European Journal of International Law. June 2002. 13 Eur J. Int'l L. 651. Oxford, Oxford University Press.
31. LACARTE, JULIO Y PIÉROLA, FERNANDO. “Estudio comparativo de los mecanismos de solución de diferencias del GATT y de la OMC ¿Qué se logró en la

Ronda de Uruguay??. En: LACARTE, JULIO Y GRANADOS, JAIME. Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales. Enfoques Multilaterales y Regionales, Buenos Aires, BID-INTAL-ITD, 2004, pp.13-32.

32. MARCEAU, GABRIELLE. WTO Dispute Settlement and Human Rights. European Journal of International Law. September 2002. 13 Eur. J. Int'l L. 753. p.68.

33. MEDINA QUIROGA, CECILIA Y NASH ROJAS, CLAUDIO. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Andros. Santiago. 2007. p 229.

34. MUSUNGU, SISULE; VILLANUEVA, SUSAN Y BLASETTI, ROXANA. Cómo utilizar las flexibilidades previstas en el acuerdo sobre los ADPIC para proteger la salud pública mediante marcos regionales de cooperación sur-sur. Geneva: South Centre, 2004. 102 p

35. MUSUNGU, SISULE F Y DUTFIELD, GRAHAM. Acuerdos Multilaterales y un mundo ADPIC plus: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Documentos Temáticos sobre los ADPIC N° 3. Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas. 2003. p.39.

36. ORDÓÑEZ E, JORGE R. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Apuntes para la definición de un contenido esencial de ese derecho en la jurisprudencia mexicana.

37. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Acta Final de la Ronda de Uruguay. 1994. Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

38. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Acta Final de la Ronda de Uruguay. Acuerdo sobre los Aspectos de Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (ADPIC.)1994

39. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Conferencia Ministerial de Doha. Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. Cuarto Período de Sesiones. 14 de Noviembre de 2001. Doc. WT/MIN(01)/DEC/2.

40. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Curso de Política Comercial. Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC (TRIPS) Capítulo 20. 2000.

41. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Comité de Expertos sobre la Armonización de ciertas disposiciones de las leyes para la protección de las invenciones. Cuarta reunión 2 a 6 de Noviembre de 1987. Exclusiones de la protección por patente. Memorando de la oficina internacional de la

42. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Documento HL/CE/IV/INF/1, 14 de octubre. 1987.

43. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Informe Anual 2008.

44. OXFAM. Dossier informativo sobre la demanda de las empresas farmacéuticas al Gobierno sudafricano. Sudáfrica vs. gigantes farmacéuticos. Abril 2001. Publicado por Intermón-Oxfam Fundación para el Tercer Mundo. P.11. Versión digital disponible en: http://www.intermonoxfam.org/cms/HTML/espanol/454/TRIPS_Sudafrica_vs_%20empresas.pdf visitada: 7-6-08.

45. PETERSMANN, ERNST-ULRICH. Time for a United Nations 'Global Compact' for integrating human rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration. *European Journal of International Law*. June, 2002, Vol. 13, N° 3. Oxford, Oxford University Press.
46. PIOVESAN, FLAVIA. SOCIAL. Economic And Cultural Rights And Civil And Political Rights. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, N° 1, 2004. Original: *Sur* Vol.1 No.Se. São Paulo 2006. p.15. Translated by Regina de Barros Carvalho e Jonathan Morris
47. POGGE, THOMAS. Medicines for the World: Boosting Innovation without Obstructing Free Access. En: *Revista Internacional de direitos humanos*. N° 8. (2008).
48. POGGE, THOMAS. Incentives for Pharmaceutical Research – Must They Exclude the Global Poor from Advanced Medicines. Speech at the workshop *Access to Medicines as a Human Right: What does it Mean for Corporate Social Responsibility*, University of Toronto, October 2006.
49. PRIMO BRAGA, CARLOS A. 1995 "Trade Related Intellectual Property Issue: The Uruguay Round Agreement and its economic Implications. In: *the Uruguay Round and Depeloping Economies*. Ed. Will Martin and L. Alan Winters, Washington DC, World Bank. pág 382
50. RANJAN, PRABHASH. International Trade and Human Rights: Conflicting obligations. Commentary on Frederick Abbott. En: *Human Rights and International Trade*. Cottier, Thomas; Pauwelyn, Josst; and Burgi, Elisabeth (Editors). Oxford. University press. USA. 2005. pp. 552.
51. REALE, MIGUEL. *Teoría Tridimensional del Derecho*. Valparaíso. Edeval. 1978.

52. ROFFE, PEDRO Y SANTA CRUZ, MAXIMILIANO. Los Derechos de Propiedad Intelectual en los Acuerdos de Libre Comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados. Serie Comercio Internacional. N° 70. División de Comercio Internacional e Integración. CEPAL. Naciones Unidas. Santiago de Chile. Abril, 2006. 82 p.
53. SCHMITHZ V, CHRISTIAN. El Tratado de Libre comercio Chile- EE.UU: Fuente de un Nuevo Derecho de Propiedad Intelectual. Revista de Derecho N° 12 -2004: p. 145-170. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Chile.
54. TOBÓN, NATALIA. Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina. En Derechos Intelectuales N° 9. Buenos Aires – Argentina. P.135-151.
55. VIVAS-EUGUI, DAVID. Acuerdos Regionales y Bilaterales en un mundo más allá de los ADPIC: El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas. Documentos Temáticos sobre los ADPIC N°1. Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas (QUNO). Ginebra. 2002. p. 34.
56. WALL, VIRGINIA. WTO Law Application by International Human Rights Bodies. Thesis presented at Heidelberg Center for Latin America. 2008. pp.102.
57. WORLD INTELLECTUAL PROPERTY REPORT, vol. 3 (1989) pp 3, 64 and vol.5 (1991), p.1
58. ZALAQUETT DAHER, JOSÉ Y NASH ROJAS, CLAUDIO. Proceso Penal y Derechos Humanos. Revista de Derecho Procesal 2004. Versión puesta al día en lo que atañe a la jurisprudencia para el Curso “Derechos Humanos desde una perspectiva internacional” del Magíster en Derecho. 2007. Universidad de Chile. 44 p.

59. ZAMUDIO, TEODORA. El Convenio sobre la Diversidad Biológica en América Latina. Etnobioprospección y Propiedad Industrial. Notas desde una cosmovisión económico-jurídica. Proyecto de investigación acreditado ante la Universidad de Buenos Aires (TD30) y subsidiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Técnica (resolución D N° 1854/98. PIP 0160/98) y Pro-Diversitas asociación civil. 1998.

DOCUMENTOS DE LA ONU

60. ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948

61. United Nations Conference on Trade and Development. UNCTAD. The Outcome of the Uruguay Round: an initial assesment. New York. United Nations. 1994.

62. ONU. Secretary-General Report. United Nations. Doc E/CN.4/Sub.2/2001/12.

63. ONU. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas a la tercera conferencia ministerial de la Organización Mundial del Comercio. Ginebra, 15 de noviembre a 3 de diciembre de 1999. Doc. E/c.12/1999/9 párrafos 2,5, 6 y 8.

64. Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena. Junio de 1993. Doc. A/CONF.157/23

65. ONU. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Human Development Report. 2001.

66. ONU. PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 1999. Capítulo 2 de las nuevas tecnologías y la carrera mundial por el conocimiento.

67. ONU. High Commissioner Report, The Impact of the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights, Comision on Human Rights, Subcomision on the Promotion and Protecction of Human Rights, Fifty-second session, Item 4 of the provisional agenda, E/CN.4 Sub 2/2001/13 (27 de june 2001)

68. ONU. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago de Chile. 2007. 1064 p.

69. Organización de Naciones Unidas. Alto Comisionado para los Derechos Humanos. II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos. Declaración de Viena, Austria. Junio de 1993.

70. Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comentario General N° 3. 1990. en relación a la índole de las obligaciones Estados Partes.

71. United Nations. Economic, Social and Cultural Council. General Comment N° 4. Doc CRC/GC/2003/4.

72. Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 6.

73. ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 8 de la Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales. 12/12/97. Doc. E/C.12/1997/8.

74. ONU. Consejo Económico y Social. Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Fecha: 11/08/2000. E/C.12/2000/4.

75. ONU. Asamblea General. Comité de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas. Párr. 58-61. 27 de febrero de 2007

76. ONU. Asamblea General. Declaración sobre el Derecho al Desarrollo resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

77. ONU. Asamblea General. Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. 13 de Septiembre de 2007.

78. ONU. Asamblea General. Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/SIDA. 8a. Sesión Plenaria. 27 de junio de 2001. Doc A/RES/S-26/2.

TRATADOS

79. Convención de París. 1883 y posteriores revisiones.

80. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). 1947

81. Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Estocolmo julio de 1967 y enmendado en septiembre de 1979.

82. Convenio OMPI-ONU. 1974.

83. Acuerdo de Marrakech por el que se crea la OMC. Conferencia Ministerial de Marrakech en abril de 1994. Resultado de la Ronda de Uruguay.

84. Carta de Naciones Unidas. 1945.

85. Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. 1994.

86. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1976.

87. Pacto de Derechos Civiles y Políticos. 1976.
88. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 1969
89. Convención Americana de Derechos Humanos. 1948
90. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. 1950.
91. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul). 1981.
92. TLC CHILE EEU. Capítulo 17 de los Derechos de Propiedad Intelectual. 2002. Disponible en: www.usa.gov/chile/es/tlc.html. Visitada: 10-1-08.
93. TLC. EEUU con CAFTA-RD. Capítulo 15 sobre los Derechos de Propiedad Intelectual
94. ALCA Borrador del Capítulo de Propiedad Intelectual del. 2001.
95. Convención sobre Diversidad Biológica. 1992.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

96. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López- Álvarez vs. Honduras. Sentencia del 1 de Febrero de 2006.
97. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palmera Iribarne vs. Chile, Sentencia del 22 de noviembre de 2005.
98. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia del 19 de Septiembre de 2006.
99. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre del 2000.
100. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia del 14 de marzo de 2001
101. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Páez vs. Perú Sentencia del 3 de noviembre de 1997.

102. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre el efecto de las Reservas en la Entrada en vigor de la Convención Americana. 1982.
103. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Irlanda vs. Reino Unido. Sentencia del 18.01.1978.
104. Organización Mundial del Comercio. Caso: “Brasil – Medidas que afectan la protección mediante patentes”. Documento WT/DS199/4. G/L/454. IP/D/23/Add.1, de fecha 19 de julio de 2001.
105. Organización Mundial del Comercio. Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. (en inglés: Abestos and Abestos containing products) Doc wt/ds135/r. 18 de septiembre de 2000.
106. Organización Mundial del Comercio. US Shrimp/Turtle (original en inglés). Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. doc wt/ds58/rw, 15 de junio de 2001.
107. Organización Mundial del Comercio. Argentina - Protección mediante Patente de los Productos Farmacéuticos y Protección de los Datos de Pruebas relativos a los productos químicos para la agricultura (wt/ds171), 20 de junio de 2002.