

GLOBALIZACIÓN Y PROPIEDAD INTELECTUAL

ALBERTO BERCOVITZ

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad Nacional de Educación a Distancia. España

I. Significado de la expresión “Propiedad Intelectual”

Para comprender la problemática a la que pretendo referirme, es indispensable ofrecer unas nociones introductorias que parecerán excesivamente elementales para quienes ya conozcan estas materias.

En primer lugar, hay que aclarar la propia noción de “propiedad intelectual”.

En la legislación interna española la Ley de Propiedad Intelectual (texto refundido de 12 de abril de 1996) regula el derecho de autor y los llamados derechos conexos (derechos de los artistas-intérpretes sobre la ejecución o representación de las obras; derechos de los productores de fonogramas y de obras audiovisuales).

Pero en el ámbito internacional, en Tratados vigentes en España, la “propiedad intelectual” comprende no sólo el derecho de autor y derechos conexos, sino también los derechos de propiedad industrial, entre los que cabe citar a título principal las patentes, las marcas y el diseño industrial².

¹ La primera versión de este trabajo fue elaborada para su presentación en el Acto de Homenaje a la Profesora Gloria Begué, que tuvo lugar en la Universidad de Salamanca el día 28 de mayo del año 2004. Sobre la base de aquella versión se elaboró el presente texto que sirvió como lección inaugural del curso 2004/2005 en la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

² Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), hecho en Estocolmo el 14 de mayo de 1967 (art. 2viii) y Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994), artículo 1.2.

En la normativa de la Unión Europea también se utiliza la expresión “propiedad intelectual” en el mismo sentido que en los Tratados internacionales, esto es comprendiendo en ella tanto el derecho de autor y derechos conexos como la propiedad industrial³.

Pues bien, cuando me refiero a “Globalización y propiedad intelectual” utilizo esta última expresión en su sentido más amplio, en el sentido que se le da en el ámbito internacional y comunitario europeo.

Tanto el derecho de autor como los derechos de propiedad industrial tienen en común que otorgan derechos de explotación exclusiva sobre bienes inmateriales, pero hay importantes diferencias entre ellos.

El derecho de autor protege las creaciones literarias y artísticas, atribuyendo al autor el derecho de explotación exclusiva por el simple hecho de la creación, esto es, sin necesidad de registro (Convenio de Berna, artículo 5.2. y Ley de Propiedad Intelectual, artículo 1).

Y como parte del derecho de autor se reconoce a éste el importante derecho moral (Convenio de Berna, artículo 6bis y Ley de Propiedad Intelectual, artículo 14).

Por el contrario, los derechos de propiedad industrial atribuyen el derecho de exclusiva como consecuencia del registro del derecho de que se trate ante la autoridad administrativa correspondiente, que en España es la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM).

Las distintas modalidades de propiedad industrial sirven para proteger distintas clases de bienes inmateriales. Las patentes otorgan un derecho exclusivo para la explotación de invenciones industriales que sean nuevas y tengan actividad inventiva. Las marcas otorgan un derecho exclusivo sobre los signos que sirven para identificar y distinguir los productos y servicios en el mercado, de forma que no puedan confundirse con los productos o servicios de los competidores. Y el diseño industrial protege la forma o apariencia externa de los productos, cuando esa forma no cumple una función técnica.

³ Vid., por ejemplo, la reciente Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (art. 1), o el Reglamento (CE) nº 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (artículo 1g).

II. La regulación internacional de la “propiedad intelectual” hasta los años 90 del Siglo XX

Partiendo de estas nociones elementales y previas, para la comprensión del problema que plantea la globalización es preciso hacer referencia a la situación a nivel internacional de la propiedad intelectual en sentido amplio hasta los años 90 del siglo pasado.

Hasta entonces los dos Tratados internacionales básicos, que todavía siguen en vigor, eran respectivamente el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, del 9 de septiembre de 1886, revisado en París el 24 de julio de 1971, y el Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial, de 20 de marzo de 1883, revisado en Estocolmo el 14 de junio de 1967 y modificado el 28 de septiembre de 1979.

Estos Convenios, que en su versión original datan de los años 80 del siglo XIX, establecen muy pocas normas sustantivas sobre la protección que deben ofrecer los Estados miembros en sus respectivas legislaciones nacionales e imponen como principio fundamental el del “trato nacional” a favor de los súbditos de los otros países firmantes (artículo 2 del Convenio de París y artículo 5.1 del Convenio de Berna).

Así pues, según esos Convenios correspondía a cada Estado miembro otorgar y regular el derecho exclusivo que debía regir en el mercado de su territorio nacional. En cada país la regulación del derecho exclusivo era la establecida en la Ley nacional, que sólo tenía que respetar algunas normas, muy pocas y muy asistemáticas, impuestas por los Convenios. Es decir, que los distintos Estados tenían una gran libertad a la hora de legislar sobre estas materias. Podían, por ejemplo, prohibir las patentes sobre invenciones de productos químicos o farmacéuticos; o podían disponer que los actos de importación no formaban parte del derecho exclusivo sobre el bien inmaterial. Por lo tanto la regulación legal variaba en puntos importantes de país a país, y en un mismo Estado las sucesivas leyes tenían siempre contenidos distintos.

Como es obvio, esta gran libertad otorgada por los Convenios era aprovechada por los distintos países para adecuar en cada caso su legislación a las conveniencias de su industria y de su desarrollo tecnológico y económico. Así, por ejemplo, en Alemania se prohibieron las patentes para invenciones de sustancias químicas y farmacéuticas hasta el año 1968⁴.

Además, hay que tener en cuenta que, si bien no hace falta registro para la protección del derecho de autor, ese registro si que era y sigue siendo requisito para la protección de los derechos de propiedad industrial en cada Estado. Esto significa que para proteger una invención o una marca en un país determinado hace falta solicitar su registro en el país correspondiente. Si no se obtiene el registro en ese país, no existirá un derecho exclusivo para el bien inmaterial de que se trate.

Hay que señalar además que los Convenios no establecían ningún sistema de control o de sanciones que pudieran imponerse a los Estados miembros por incumplir las normas de los propios Convenios.

Esta es, a grandes rasgos, la situación de partida que hay que tener en cuenta para comprender la problemática planteada por la globalización de los mercados.

III. Globación de los mercados y dificultades resultantes de la regulación internacional de los derechos de propiedad intelectual

Por su parte, la globalización de los mercados hace referencia a la interdependencia e integración cada vez mayor de los mercados nacionales.

Puede decirse que se trata de un proceso que partiendo de los mercados nacionales tiene como meta la integración de todos ellos en un único mercado a nivel global, esto es, a nivel mundial⁵.

⁴ La Ley de Patentes, en su redacción de 9 de mayo de 1961, establecía esa prohibición de patentar, que provenía de leyes anteriores, en el parágrafo 1, apartado 2. Ese apartado con la prohibición que establecía fue derogado por la Ley de Patentes en su redacción de 2 de enero de 1968.

⁵ Sobre el significado de la llamada "globalización económica", sus causas y sus riesgos, vid. GARCIA-CRUCES GONZALES, José Antonio, Globalización Económica y Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 25 de enero de 2002, ps. 8 a 22, y GROSHEIDE, F. Willem, "General Introduction" en el obra Intellectual Property Law (Articles on the legal protection of cultural expressions and indigenous knowledge), ed. GROSHEIDE, F. Willem-BRINKHOF, Jan., Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, ps. 1 a 33, en concreto ps. 17/8.

Pero al tratarse de un proceso, su realización se efectúa paulatinamente y a diversos niveles.

Un primer nivel se traduce en la integración de los mercados nacionales en mercados regionales, como por ejemplo, la Unión Europea.

Dado que los derechos exclusivos de propiedad intelectual tienen que adecuarse a los mercados en los que han de producir sus efectos, ello hace que se hayan creado derechos de propiedad industrial comunitarios, como las marcas⁶, modelos y dibujos⁷ y las obtenciones vegetales comunitarias⁸, esto es, títulos de derechos exclusivos otorgados por organismos comunitarios y con eficacia en toda la Unión Europea. Además se impone la armonización de las legislaciones internas de los Estados miembros para que el régimen sustantivo de los derechos de propiedad intelectual (derecho de autor⁹ y propiedad industrial¹⁰) coincidan en sus puntos básicos en la regulación establecida en las leyes nacionales de los Estados miembros.

⁶ Reglamento CE núm. 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, modificado por el Reglamento (CE) nº 422/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004.

⁷ Reglamento CE núm. 6/2002, del consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios.

⁸ Reglamento (CE) 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, modificado por el Reglamento 2506/95, de 25 de octubre y por el Reglamento (CE) nº 873/2004, de 29 de abril de 2004.

⁹ - Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de los programas de ordenador.

- Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

- Directiva 93/83/CEE, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

- Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

- Directiva 96/9/CE del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de bases de datos.

- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

- Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

¹⁰ Primera directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas: Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas y Directiva 98/71/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos.

Surge además la institución del agotamiento comunitario, en virtud del cual cuando un objeto protegido por un derecho de propiedad intelectual ha sido introducido en el mercado comunitario por el titular del derecho o con la autorización del mismo, ese bien puede circular libremente por todo el ámbito de la Comunidad y ser objeto de operaciones comerciales, sin que el titular del derecho exclusivo pueda impedir que el bien de que se trate circule libremente entre todos los Estados miembros¹¹.

Junto a la creación de mercados regionales, la globalización se refiere también a la mayor integración y desaparición de barreras comerciales entre los distintos mercados nacionales y regionales.

Para favorecer la globalización de los mercados hay que evitar en lo posible su compartimentación y hay que impulsar la armonización de las reglas sustantivas.

Pues bien, es obvio que la regulación de la propiedad intelectual a nivel internacional, tal como resulta de la aplicación de los Convenios de la Unión de Berna y de la Unión de París supone un obstáculo para esa globalización, puesto que se trata de una protección de los bienes inmateriales que es independiente para cada país y está sujeta a legislaciones diferentes; además en el caso de la propiedad industrial esa protección depende de que se hayan solicitado y obtenido los registros correspondientes en aquellos países o mercados regionales integrados en los que se quiera obtener el derecho exclusivo.

Así pues, a la globalización de los mercados le planteaba un problema importante esa situación de los derechos de propiedad intelectual a nivel internacional.

Para superar esas dificultades han surgido dos líneas de actuación fundamentales en los últimos años: el Acuerdo ADPIC, por un lado y, por otro, los acuerdos y proyectos referentes al registro y efectividad de la protección de los derechos exclusivos en los distintos países.

¹¹ Sobre el origen jurisprudencial de la doctrina del agotamiento en la Comunidad Europea, vid. BERCOVITZ, Alberto "La Propiedad Industrial e Intelectual en el Derecho comunitario" en la obra Tratado de Derecho Comunitario Europeo, dirigida por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo-GONZALEZ CAMPOS, Julio D.-MUÑOZ MACHADO, Santiago, Madrid 1986, T. II, ps. 517 a 617, en concreto ps. 543 y ss.

IV. El Acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)

El Acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo ADPIC en las siglas españolas o TRIPS en las siglas inglesas) es el anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994¹².

La incorporación, por primera vez, de un Acuerdo que regula derechos sustantivos de propiedad intelectual en el marco de un convenio multilateral de comercio tiene su explicación en el hecho de que los países más desarrollados venían comprobando que la falta de protección de los derechos de propiedad intelectual en distintos países afectaba gravemente a su balanza de pagos¹³.

En efecto, al no estar protegidos los derechos de propiedad intelectual en un país determinado, esto significaba que las creaciones intelectuales protegidas en el país de origen por derechos de propiedad intelectual podían ser, sin embargo, libremente copiadas en el país en que esa protección intelectual no existía. Si a ello se suma que en esos países donde la copia era posible, los salarios son normalmente mucho más bajos, la consecuencia era evidente: los titulares de los derechos de propiedad intelectual en los países desarrollados no podían competir con los precios ofrecidos por las empresas locales no sólo en el país donde se producían los objetos en cuestión, sino tampoco en los países donde no había protección de la propiedad intelectual y a los que se podía exportar por tanto libremente¹⁴.

¹² Sobre la Propiedad Intelectual en el ADPIC vid., en general, CORREA, Carlos M., Acuerdo TRIPS, Buenos Aires 1996, 314 ps.; los derechos de Propiedad Intelectual en la Organización Mundial del Comercio, 2 tomos, dirigido por IGLESIAS PRADA, Juan Luis, Madrid 1997 y Propiedad Intelectual en el Gatt, varios autores, en la colección Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, director CORREA, Carlos María, Buenos Aires 1997. En relación con la Propiedad Industrial, vid. CASADO CERVIÑO, Alberto y CERRO PRADA, Begoña, Gatt y Propiedad Industrial, Madrid 1994, 209 ps.

¹³ Sobre los antecedentes y razones que dieron lugar al ADPIC, vid. CASADO CERVIÑO y CERRO PRADA, ob.cit. ps. 21 a 66, y BERCOVITZ, Alberto, "El Derecho de autor en el Acuerdo TRIPS" en Num Novo Mundo do Direito de Autor?, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Lisboa 1994, T. II, ps. 877 a 905, en concreto ps. 877 a 885 y en la ob.cit. Propiedad Intelectual en el GATT, ps. 11 a 22.

¹⁴ Vid. datos concretos sobre la incidencia de la copia de creaciones tecnológicas en la balanza de pagos de Estados Unidos de Norteamérica, en STRAUS, Joseph, "Bedeutung des TRIPS für das Patentrecht", en Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil (GRUR Int.) 1996, ps. 179 a 204, en concreto ps. 181/2.

La constatación de que esta competencia, basada en la falta de protección de los derechos de propiedad intelectual en distintos países, especialmente en los países en desarrollo, afectaba gravemente a las balanzas de pagos de los países más desarrollados hizo que el tema de la protección de la propiedad intelectual cobrara un interés que nunca había tenido hasta entonces en los ámbitos políticos y en la negociación de los convenios internacionales.

El Convenio ADPIC vino a hacer frente a ese problema trasladando a un acuerdo multilateral la práctica que ya habían iniciado los Estados Unidos de Norteamérica en años anteriores. Esa práctica consistía en imponer en los acuerdos comerciales bilaterales a la otra parte contratante la obligación de proteger adecuadamente los derechos de propiedad intelectual en su propio territorio, como una de las contrapartidas exigidas para beneficiarse de la relación comercial. Es más, en la propia legislación norteamericana se incluyeron normas que permitían establecer listas negras de países en los que la protección de la propiedad intelectual se consideraba insuficiente, de manera que la inclusión en tales listas suponía la imposición de sanciones comerciales en las relaciones bilaterales con el país correspondiente¹⁵.

El Convenio ADPIC sigue, pues, aunque trasladándolo al ámbito multilateral, el planteamiento de esa práctica norteamericana consistente en integrar la exigencia de una adecuada protección de los derechos de propiedad intelectual en la regulación del comercio internacional.

Lo primero que hay que señalar es que esa influencia norteamericana se manifiesta en el Convenio ADPIC también en el aspecto puramente doctrinal, al utilizarse la expresión "propiedad intelectual" por primera vez en un Convenio internacional que establece normas sustantivas tanto sobre el derecho de autor sobre la propiedad industrial.

Y lo que importa destacar es la filosofía que subyace al Acuerdo. Esta consiste en imponer a los países en desarrollo un alto nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual a cambio de participar en las ventajas comerciales establecidas con carácter general en el Tratado de la OMC, obteniendo especialmente el compromiso de que los países más desarrollados suprimieran las subvenciones en el ámbito agrícola y

¹⁵ Vid. algunos datos sobre las medidas unilaterales adoptadas por los Estados Unidos de Norteamérica, especialmente frente a Brasil, en DIAS VARELLA, Marcelo, "L'Organisation mondiale du commerce les brevets, les médicaments et le rapport Nord-Sud: un point de vue du Sud", *Revue Internationale de Droit Economique*, 2004-1, ps. 79 a 117, en concreto ps. 84 a 88.

ganadero, lo cual beneficia evidentemente a los países menos desarrollados¹⁶.

En definitiva, por tanto, lo que se hace es imponer una protección fuerte de la propiedad intelectual en todos los Estados miembros a cambio de beneficiarse de mejores posibilidades de participación en el comercio internacional, con el incremento correspondiente de las exportaciones.

Al imponer una regulación sustantiva muy completa de los derechos de la propiedad intelectual, lo que se pretende con el Convenio ADPIC viene a ser la unificación de los mercados de los Estados miembros desde la perspectiva de la propiedad intelectual, al regir en todos ellos una misma regulación en esa materia, regulación que no es totalmente exhaustiva, pero sí que comprende las cuestiones más importantes que esa regulación plantea como son los objetos que pueden protegerse, los requisitos para la protección y los derechos que se atribuyen al titular.

Así pues, con el Convenio ADPIC, al que tienen que adherirse todos los Estados que quieran participar en la Organización Mundial del Comercio se consigue que en todos esos Estados exista un régimen de protección muy elevado de los derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente el mismo régimen de protección que ya venía existiendo en los países desarrollados.

Pero el Convenio ADPIC no sólo exige que los Estados miembros introduzcan en su legislación las normas de protección de la propiedad intelectual establecidas en el Acuerdo, sino que además establece los mecanismos de control de que esa protección establecida a nivel legal es después realmente aplicada en la práctica.

Y para asegurar que se cumple con esas obligaciones de protección de la propiedad intelectual, el propio ADPIC impone un sistema de solución de diferencias (artículo 64), para los supuestos en los que un Estado considere que otro está incumpliendo sus obligaciones de protección de la propiedad intelectual. En tal caso el Estado en cuestión, tras denunciar el supuesto incumplimiento al Estado supuestamente infractor, puede pedir que se constituya un panel en el que expertos designados al efecto determinen si efectivamente la infracción existe. Y si efectivamente la infracción es declarada por el panel, ello tiene la consecuencia de que el país denunciante de la infracción puede adoptar

¹⁶ Sobre este compromiso que está en la Base del ADPIC, vid. STRAUS, ob.cit., ps. 182/3, que reproduce un párrafo esclarecedor del autor indio BAROOAH.

medidas de retorsión comercial en perjuicio de las exportaciones del Estado infractor¹⁷.

Como puede apreciarse, por lo tanto, la nueva situación creada por el ADPIC varía en puntos sustanciales de la situación que existía previamente bajo el imperio de los Convenios de la Unión de París y de la Unión de Berna. En el ADPIC se impone una extensa regulación sustantiva de las cuestiones esenciales que plantea la protección de la propiedad intelectual, tanto del derecho de autor como de las distintas modalidades de la propiedad industrial; se controla la aplicación en la práctica de esa protección y se establece un sistema que permite sancionar a los Estados que incumplan la aplicación de la protección exigida por el Acuerdo.

El sistema de solución de diferencias ha tenido ya aplicación en el ámbito del Convenio ADPIC en diversos paneles, cuya importancia consiste, además, en que vienen a constituir una jurisprudencia a nivel mundial sobre cuestiones concretas e importantes de la propiedad intelectual referida a la interpretación de las normas del Convenio ADPIC.

En un caso planteado por la Unión Europea contra la India, el panel correspondiente en su informe de 24 de agosto de 1998 condenó a la India por no preservar adecuadamente la novedad y prioridad para patentes de producto en relación con las invenciones farmacéuticas y químicas para la agricultura durante el período transitorio¹⁸.

En otro caso de la Unión Europea contra Canadá sobre protección de patente para productos farmacéuticos, el panel en su informe de fecha 17 de marzo de 2000 estableció que no violan los derechos de patente los ensayos realizados antes de que termine el derecho de exclusiva del titular, con el fin de obtener la autorización sanitaria de los medicamentos, que permita poner en el mercado inmediatamente después de la extinción de la patente los medicamentos genéricos realizados conforme a la invención cuya patente ha caducado. Pero en el panel se declara igualmente que si que viola el derecho exclusivo

¹⁷ Sobre el sistema de solución de diferencias, vid. CERRO PRADA, Begoña, "Sistema integrado de solución de diferencias. El entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias" en Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio, cit., t. II, ps. 83 a 98 y TROMBETTA, Antonio G. "El mecanismo de solución de controversias en el sistema multilateral de comercio (GATT/OMC)" en "Propiedad Intelectual en el GATT", cit. ps. 357 a 383, Vid. Un diagrama del sistema de solución de diferencias de la OMC en CORREA, Acuerdo TRIPS, cit., ps. 213.

¹⁸ WT/DS79/R.

quien antes de la caducidad de la patente fabrica y almacena medicamentos que se corresponden con la invención patentada para poder lanzarlos al mercado inmediatamente después de que la patente haya caducado¹⁹.

En otro panel por denuncia de los Estados Unidos de Norteamérica contra Canadá, el informe emitido con fecha 5 de mayo del año 2000 condenó a Canadá por mantener la duración de las patentes concedidas con anterioridad a 1989 y todavía vigentes por 17 años, en contra de la duración de veinte años impuesta por el Convenio ADPIC²⁰.

Y en el ámbito del Derecho de autor, una denuncia de la Unión Europea contra los Estados Unidos de Norteamérica dio lugar a un panel cuyo informe, emitido con fecha 15 de junio del año 2000, condenó parcialmente a los Estados Unidos por no proteger adecuadamente el derecho de comunicación pública que impone el derecho de autor en locales comerciales. La violación del ADPIC consistía en que el Derecho norteamericano no incluía dentro del derecho exclusivo de comunicación pública del derecho de autor el hecho de que los pequeños restaurantes y comercios minoristas emitieran obras protegidas y transmitidas por la radio²¹.

V. Inadaptación del ADPIC a la realidad

El ADPIC ha producido el efecto de que la regulación de las materias fundamentales en el ámbito del derecho de autor y de la propiedad industrial sea sustancialmente igual en todos los países miembros de la OMC; por tanto, puede decirse que la regulación del ADPIC es una regulación a nivel mundial, como si existiera un mercado único globalizado con las mismas reglas en materia de propiedad intelectual.

Pero la realidad cotidiana nos pone de manifiesto que no existe ese supuesto mercado único globalizado, sino que existen mercados totalmente diferenciados. Basta ver por televisión las imágenes procedentes de países en vías de desarrollo para comprobar de manera directa que en esos países no puede considerarse que exista un mercado igual al que existe en los países desarrollados.

¹⁹ WT/DS114/R. Ese informe fue confirmado por otro de fecha 18 de septiembre de 2000 emitido por el órgano de apelación (WT/DS170/AB/R).

²⁰ WT/DS170/R.

²¹ WT/DS160/R.

Ese hecho de aplicar a mercados muy diferenciados, y con niveles de desarrollo económico totalmente distinto, unas mismas reglas en materia de propiedad intelectual resulta ciertamente injusto. No se olvide que los países desarrollados han llegado al nivel de protección de la propiedad intelectual establecido en el ADPIC, después de más de un siglo de evolución, con fases diversas en las que las reglas legales eran distintas según la evolución industrial y tecnológica del país correspondiente.

Es evidente que la regulación de la propiedad intelectual en el ADPIC no se adecua a los intereses de los países en desarrollo²², los cuales han aceptado esa regulación a cambio de participar en un comercio internacional liberalizado, especialmente en los ámbitos de la agricultura y de la ganadería.

La muestra más flagrante de que la regulación legal establecida en el ADPIC no es realista en absoluto en su aplicación a los países en desarrollo, se ha puesto de manifiesto con motivo de la crisis relacionada con las patentes aplicables a los medicamentos necesarios para el tratamiento del SIDA²³.

Como es sabido el SIDA es una lacra terrible que afecta especialmente a muchos de los países menos desarrollados en los cuales no es posible pagar los precios que rigen en el mercado mundial para los medicamentos patentados que sirven para curar la enfermedad. Se ha producido así una crisis entre la necesidad de esos medicamentos a precios que estén al alcance de los países menos desarrollados por una parte, y por otra, los intereses de los titulares de las patentes correspondientes. Esa crisis ha demostrado, en un tema particularmente sensible, que no es posible que rijan de la misma manera iguales reglas sobre patentes en los países desarrollados y en los países menos desarrollados, y así ha tenido que reconocerse en el propio seno de la OMC en la Declaración Doha, "Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública", de 20 de noviembre de 2001.

En esa declaración se reconoce el derecho de los Estados de adoptar las medidas en materia de patentes, que permitan acceder a los medicamentos necesarios para la curación de las enfermedades que afectan a sus poblaciones.

²² Sobre la incidencia de la propiedad intelectual y del ADPIC en los países en desarrollo, vid. GROSHEIDE, ob.cit., ps. 19/20 y DIAS VARELLA, ob.cit., ps. 82/3.

²³ Sobre el problema del acceso a los medicamentos en los países en desarrollo, vid. COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, London, September 2002, ps. 34 a 51.

Pero la puesta en práctica de esa declaración ha demostrado la inadaptación también del ADPIC a las exigencias de un mercado globalizado. Porque, en efecto, conforme al ADPIC un Estado puede otorgar licencias obligatorias sobre una patente, en este caso para la fabricación de medicamentos. Pero ocurre que muchos de los países que necesitan esos medicamentos a precios baratos no tienen la infraestructura industrial imprescindible para poder fabricar en su territorio tales medicamentos. Y ello hace que la licencia obligatoria sea un instrumento inútil a los efectos deseados.

Ciertamente la licencia obligatoria podría servir para importar libremente los medicamentos patentados; pero esa medida de nada sirve si no existe la posibilidad de hacer esa importación de medicamentos fabricados en otro país, pero también bajo el régimen de licencia obligatoria. Ahora bien, según el ADPIC la licencia obligatoria sólo puede ser concedida para fabricar los productos patentados principalmente para atender la demanda en el país que concede la licencia (artículo 31.f). Así pues según el ADPIC no parece posible conceder licencias obligatorias para fabricar medicamentos destinados a la exportación.

Pues bien, si la licencia obligatoria en el país que necesita los medicamentos no sirve para nada porque allí no existen los medios industriales necesarios para la fabricación, y tampoco es posible, en principio, importar medicamentos baratos fabricados al amparo de licencias obligatorias en otros países, porque tales licencias obligatorias no permiten la exportación, se pone clarísimamente de manifiesto la inadecuación del régimen legal establecido en el ADPIC²⁴.

El problema de los medicamentos patentados contra el SIDA pone de manifiesto un caso extraordinariamente grave, pero cabe decir que no es el único, donde salta a la vista como los mercados a los que se aplican según el ADPIC las mismas reglas de protección de la propiedad intelectual son totalmente distintos y exigirían un tratamiento diferenciado.

Pero esta cuestión de la disponibilidad de los medicamentos patentados incide también de otra manera en la supuesta globalización del mercado. Porque en efecto, un mercado globalizado exigiría que se produjera el agotamiento internacional de los derechos de propiedad intelectual. Pero es obvio que ese agotamiento no podrá llevarse a efecto si, por ejemplo, los medicamentos patentados son suministrados en determinados países

²⁴ Sobre esta problemática y las soluciones propuestas, vid. *Commission on Intellectual Property Rights*, ob.cit., p. 46 a 48.

a unos precios muy inferiores a los que rigen en los países desarrollados, gracias a la implantación de un régimen de licencias obligatorias²⁵. Sería, en efecto, inaceptable que se pudiera hacer un negocio con pingües beneficios mediante importaciones paralelas a los países desarrollados de medicamentos comprados a bajo precio en países menos desarrollados para los que rige el régimen de licencias obligatorias.

VI. El Tratado de Cooperación en materia de patentes (PCT) y la Propuesta de Reglamento de la patente comunitaria

El proceso hacia la globalización de las reglas en materia de propiedad intelectual no ha terminado, sin embargo, con el ADPIC, sino que a nivel internacional se han dado otros importantes pasos en esa misma dirección para profundizar en la globalización tanto en materia de propiedad industrial como de derecho de autor.

Por lo que se refiere a la globalización en materia de propiedad industrial, hay que recordar que aunque el ADPIC establece las reglas sustantivas básicas que han de regir para la protección de los distintos derechos de propiedad industrial, esta protección sigue siendo de carácter territorial. Esto significa que para obtener la protección en un Estado determinado hay que presentar la solicitud correspondiente ante la Oficina de Patentes y Marcas y seguir el procedimiento administrativo que esté establecido. Esto supone, evidentemente un obstáculo muy importante para la protección de las distintas modalidades de la propiedad industrial en un ámbito globalizado. Piénsese que la solicitud en cada país debe hacerse en el idioma del mismo y conforme a los requisitos formales que estén establecidos.

Para superar esta dificultad, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI ha elaborado nuevos tratados para homogeneizar en los distintos países los requisitos formales aplicables tanto a las solicitudes de patentes²⁶ como a las solicitudes de marcas²⁷. Pero el cauce de globalización más importante se da en aquellos convenios que permiten, mediante la presentación de una única solicitud, que pueda tramitarse el registro en los distintos Estados miembros. Esto es lo que ocurre en materia de marcas en el Arreglo de Madrid relativo al Registro

²⁵ Para hacer frente a este problema, en la Unión Europea se ha dictado el Reglamento (CE) n° 953/2003 del Consejo, de 26 de mayo de 2003, destinado a evitar el desvío comercial hacia la Unión Europea de determinados medicamentos esenciales.

²⁶ Tratado sobre el Derecho de Patentes, adoptado en Ginebra el 1 de junio de 2000, que no ha entrado en vigor todavía.

²⁷ Tratado sobre el Derecho de Marcas, hecho en Ginebra el 27 de octubre de 1994.

Internacional de Marcas, hecho en Madrid el 14 de abril de 1891, revisado por última vez en Estocolmo en 1967, y su Protocolo hecho en Madrid el 28 de junio de 1989, y en materia de patentes con el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), hecho en Washington el 19 de junio de 1970, modificado por última vez el 3 de octubre de 2001.

El sistema aplicado por estos Convenios consiste en que se presenta una única solicitud y se puede designar a los Estados miembros en los que se quiere obtener la protección. De acuerdo con esa designación la solicitud es transmitida a las oficinas nacionales correspondientes entrando de esa manera en el procedimiento de concesión del registro correspondiente en el Estado de que se trate. El derecho exclusivo que se obtiene es el que corresponde a la misma modalidad de propiedad industrial tal y como aparece regulado en la legislación nacional.

La evolución producida en el PCT es especialmente digna de atención, por cuanto pone de manifiesto como se intenta, por medios indirectos, llegar a lo que podría ser una patente mundial.

En efecto, una novedad reciente del PCT consiste en que el solicitante que presenta su solicitud a través de este Convenio no tiene ya que designar los países en los que le interesa la protección, sino que se entiende en principio, que son designados todos los países firmantes del Convenio, que en estos momentos son 123²⁸. Es decir, que al presentar una única solicitud el solicitante está en condiciones de obtener, si así lo desea, la protección en todos y cada uno de los países miembros del Convenio sin necesidad de solicitarlo expresamente. Si ese solicitante agota los distintos plazos opcionales que le concede el Convenio, puede diferir la determinación de los países en los que quiere obtener efectivamente la protección durante un plazo de 30 meses desde la fecha de prioridad (artículo 22 PCT). Esta situación es totalmente contradictoria con la finalidad del Derecho de patentes. Piénsese que los empresarios de todos esos países sabrán que se ha presentado la solicitud de patente a través del PCT y por tanto podrán conocer las reivindicaciones de esa solicitud, pero tardarán 30 meses, es decir dos años y medio, en saber si en su país va a ser protegida o no la invención objeto de la solicitud. Es lo que en la jerga de la propiedad industrial se denomina como “submarino visible” porque se sabe que el submarino existe, pero no se sabe hasta 30 meses después a qué países va a llegar la solicitud. No parece razonable que las empresas y los investigadores

²⁸ Vid. Reglamento de ejecución del PCT, revisado por última vez el 1 de octubre de 2003, y en vigor desde el 1 de enero del 2004, Regla 4.9.

puedan tardar dos años y medio en saber si les va afectar o no en la actividad en su país la solicitud de patente presentada.

El PCT tiene como ventaja para los países en desarrollo el hecho de que las solicitudes presentadas a nivel internacional sufrirán una búsqueda de anterioridades y pueden ser objeto de un examen en cuanto a su patentabilidad, aunque ese examen no vincule la decisión que haya de adoptar la Oficina del país designado que deba conceder o denegar la protección. Dentro del sistema PCT esa búsqueda o ese examen previo sólo puede ser realizado por determinadas oficinas de propiedad industrial de algunos países o uniones de países que tienen los medios personales y técnicos adecuados para hacer ese examen y que, por consiguiente, han sido designados como oficinas de examen internacional por OMPI.

No cabe ignorar la ventaja que esto significa para algunos países en vías de desarrollo, pero tampoco cabe ignorar el grave riesgo que significa que el sistema se petrifique de manera que los centros internacionales para el examen de la patentabilidad de las invenciones estén todos en países desarrollados.

Estos mismos riesgos que se perciben en relación con el sistema PCT se ponen de manifiesto en el propio seno de la Unión Europea.

Hasta ahora en la Unión Europea no existe, a diferencia de lo que ocurre con la marca y los dibujos y modelos comunitarios, una patente comunitaria, esto es una única patente que otorgue derechos exclusivos sobre el conjunto del territorio de los Estados de la Unión Europea. Lo que existe es el Convenio de Munich del año 1973, sobre concesión de patentes europeas. Este Convenio permite presentar una única solicitud designando los Estados miembros del Convenio (algunos de los cuales no forman parte de la Unión Europea) en los que se quiere obtener protección para la invención objeto de la solicitud. La solicitud se tramita como una única solicitud y se procede al examen previo de los requisitos de patentabilidad; pero una vez que la patente se concede, la protección se obtiene solamente en los países designados, equiparándose la patente en cuanto a su régimen jurídico a las patentes nacionales que rigen en cada uno de esos países. Las patentes así concedidas han de ser traducidas a la lengua de los países designados que así lo hayan establecido, y la nulidad o caducidad de las mismas es competencia de los tribunales nacionales, los cuales son también competentes para los litigios por violación de tales patentes.

Pues bien, la patente comunitaria, en cuyo proyecto se viene trabajando desde el año 1975, permitiría obtener mediante una única solicitud de patente presentada y tramitada ante la Oficina Europea de Patentes (que es la actualmente competente para la concesión de las patentes europeas) una única patente cuyo régimen jurídico estaría establecido en un reglamento comunitario y que regiría en todo el territorio de la Unión Europea.

En el proyecto²⁹ tal como se discute en estos momentos hay factores importantes a tomar en consideración. No sólo el hecho de que la solicitud se tramitará, y el examen previo se hará en la Oficina Europea de Patentes, como ya ocurre con las patentes europeas, sino que se pretende dar dos pasos adicionales extraordinariamente trascendentes. Por una parte se pretende que no sea necesario traducir todo el texto de las patentes a los distintos idiomas de los Estados miembros de la Unión Europea, sino solamente una traducción de las reivindicaciones (artículo 24bis de la Propuesta de Reglamento). Esta medida tiene una gran trascendencia, pues no debe olvidarse que una función esencial de las patentes consiste en divulgar la información tecnológica que proporcionan,³⁰ y que además los terceros, para saber de manera completa cuál es el ámbito del derecho exclusivo que la patente concede deben conocer no sólo sus reivindicaciones sino la descripción del invento. Pues bien, si la descripción de la invención patentada no se traduce, ello tendrá gravísimas consecuencias. Las pequeñas y medianas empresas y muchos interesados no estarán condiciones de acceder al contenido de la descripción de la patente, puesto que es inimaginable un conocimiento generalizado del inglés a niveles suficientes como para que puedan leerse y entenderse con fluidez las descripciones de patentes descritas en ese idioma, ya que será en ese idioma en que la mayoría de las patentes vengán redactadas³¹. Todo ello unido a la consecuencia necesaria de prescindir del castellano como idioma adaptado a la evolución tecnológica.

²⁹ Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la patente comunitaria. Texto revisado, Bruselas, 11 de junio de 2003 (17.06), 10786/00 PI 49. Algunas cuestiones de esta Propuesta como las traducciones siguen siendo objeto de discusión.

³⁰ CASADO, Alberto, *Globalización y propiedad industrial: la respuesta comunitaria*, Cuadernos de la Cátedra *Jean Monnet* de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza 2004, ps. 24/5, considera que “la política de difusión no es parte o contrapartida por la concesión del derecho, sino consecuencia de la misma”.

³¹ CASADO, *Globalización*, cit., p. 37 considera que la información sustancial debe difundirse en el propio idioma, por ejemplo la información que las pequeñas y medianas empresas necesitan para realizar su investigación o los documentos que requieren los Tribunales para cumplir su labor.

La justificación de esa medida consiste en alegar que la traducción de las patentes a los distintos idiomas de los Estados miembros encarece extraordinariamente las patentes hasta el punto de hacerlas poco atractivas. Pero ese planteamiento no es aceptable. La falta de una traducción oficial de la patente aportada por el titular, obligará a las pequeñas y medianas empresas y a muchos interesados a encargar y financiar traducciones a su propio idioma de las patentes, con el fin de conocer su tecnología y, en su caso, determinar cuál es el ámbito de derecho exclusivo que la patente otorga. Así pues, para que el titular, que obtiene un derecho exclusivo en el territorio del país de que se trate, se ahorre el coste de una única traducción, todos los terceros interesados tendrán que pagar traducciones privadas. Como puede observarse lo que se hace es trasladar el coste de una traducción única a los terceros interesados en la patente, esto es a aquellos a quienes afecta el derecho exclusivo que deberán ser quienes paguen la traducción. Se sustituye una traducción única oficial por una pluralidad indeterminada de traducciones y el coste de la traducción se traslada del titular que se beneficia del derecho a los terceros que han de respetarlo.

Todas estas consideraciones son trasladables evidentemente a las propuestas que tienen la misma finalidad de evitar costes de traducción en relación con las patentes que se obtengan a través del sistema PCT.

Pero para la futura patente comunitaria se prevé además otra importante medida, que consiste en centralizar en el Tribunal de Justicia (artículo 30 de la Propuesta de Reglamento) la competencia para la resolución de los litigios vinculados a las patentes comunitarias que se concedan, litigios sobre su nulidad o sobre la violación de las mismas. Y esa centralización se haría en el Tribunal de Justicia que tiene su sede en Luxemburgo, con competencia para todo el ámbito de la Unión Europea.

Esta medida plantea igualmente problemas muy serios. No sólo los problemas relacionados con el idioma del procedimiento, sino también con problemas fundamentales de inmediatividad de la justicia, que afectarían gravemente a los pequeños y medianos empresarios. Piénsese en el coste proporcional que tendría para un mediano empresario, por ejemplo de Albacete o de Tarragona, tener que designar abogados que hubieran de llevar un procedimiento en Luxemburgo; y el problema es especialmente llamativo si se tiene en cuenta que en los procedimientos por violación de patentes muchas de las pruebas fundamentales deberían realizarse en el establecimiento del demandado.

Este conjunto de medidas que resultan de la evolución a nivel internacional y a nivel comunitario europeo ponen de manifiesto un futuro preocupante, en el que lo que se pretende es mediante una única solicitud de patente en un solo idioma tener protección a nivel mundial, siendo así que las oficinas de examen de la patentabilidad y los órganos jurisdiccionales especializados estén centralizados en determinados países desarrollados³².

Si esa vía se lleva adelante las consecuencias para el sistema de patentes serán lamentables³³. Por una parte, las patentes dejarán de servir adecuadamente a la difusión de la información tecnológica; el idioma inglés se convertirá prácticamente en idioma único para la tecnología y se producirá lo que podemos denominar una “deslocalización a la inversa”, esto es, las oficinas donde se discutirá sobre la patentabilidad de las invenciones y los órganos jurisdiccionales especializados estarán centralizados en algunos países desarrollados. Y ello significa que será en torno a las sedes de esas oficinas, que realizan el examen previo o a esos tribunales especializados, donde existan especialistas en patentes; serán evidentemente esos profesionales los que reciban los encargos de las empresas interesadas en los procedimientos administrativos o judiciales de que se trate. Cabría pensar que fuera de esos ámbitos territoriales privilegiados llegaría a haber algo así como un desierto de profesionales especializados en materia de patentes³⁴.

VII. El papel de los organismos internacionales

Dentro de este panorama juegan un papel importante los organismos internacionales encargados de la administración de los derechos de propiedad intelectual, tales como OMPI para las patentes PCT y las marcas internacionales del Arreglo de Madrid y de su Protocolo, y a nivel europeo la Oficina Europea de Patentes de Munich, para la concesión de patentes europeas, y la Oficina para la Armonización del Mercado

³² A favor de la regionalización o incluso globalización del proceso de búsqueda de anterioridades, examen y concesión de patentes y haciéndolas efectivas a través de procedimientos judiciales regionales o tal vez internacionales, vid. CORNISH, William, *Intellectual Property Omnipresent. Distracting. Irrelevant?*, Oxford 2004, ps. 34/5.

³³ Sobre esta problemática, vid., BERCOVITZ, Alberto “Análisis del Sistema Internacional de Administración y Protección de la Propiedad Industrial desde una perspectiva iberoamericana, española y portuguesa” en *I Forum Iberoamericano sobre Innovación, Propiedad Industrial e Intelectual y Desarrollo*, Actas, Madrid 2000, ps. 268 a 274, en concreto ps. 269 a 271.

³⁴ Vid. BERCOVITZ, Alberto, “Desarrollo Económico y Propiedad Industrial” en *II Forum Iberoamericano sobre Inovação, Propriedade Industrial e Intelectual e Desenvolvimento*, Lisboa 2003, ps. 209 a 224, en concreto ps. 220/1.

Interior (OAMI) de Alicante para la concesión de marcas y dibujos y modelos comunitarios.

Estos organismos tienen entre sus competencias la tramitación de los expedientes correspondientes de la modalidad de propiedad industrial a la que se refieren los convenios que les atribuyen esa competencia; perciben las tasas correspondientes y tienen competencias reglamentarias limitadas, pero tienen un papel preponderante a la hora de proponer e impulsar las reformas de la normativa internacional aplicable a las modalidades de protección que administran.

Una preocupación importante de estas oficinas es la de conseguir su autofinanciación, por lo que se refiere a las oficinas europeas, y por lo que se refiere a OMPI hay que destacar que el porcentaje de sus ingresos correspondientes a las tasas por las patentes PCT y por las marcas del Arreglo de Madrid llega al 85 por ciento de sus ingresos ³⁵.

Este planteamiento económico ha hecho que estas oficinas tengan una concepción comercial de su actuación, de manera que hoy es común que hablen de su clientela y se esfuercen por aumentar lo que podríamos denominar su "cifra de negocios", incentivando la presentación de solicitudes de protección, bien de patentes, bien de marcas o dibujos y modelos³⁶. Este planteamiento economicista tiene riesgos evidentes. Por una parte porque esos organismos en su tarea de impulso de reformas pueden tener la tentación, y así se ha demostrado en algún caso³⁷, de modificar la normativa aplicable para hacer más atractivas las solicitudes que han de presentarse y estimular de esa manera tales solicitudes y por tanto sus ingresos. Y otra tentación es la de aplicar las normas sobre requisitos de protección de una forma lo más generosa posible, de tal forma que no desincentive a los solicitantes potenciales. Ambos tipos de actuaciones son impulsadas por el deseo de atraer a su "clientela", y no cabe ignorar que esa clientela está constituida básicamente por las empresas multinacionales, cada una de las cuales presentan muchísimas solicitudes de registro³⁸. El riesgo consiste, por tanto, en que los sistemas internacionales o supranacionales de protección se adapten especialmente a los intereses de esa clientela, esto es, de las grandes

³⁵ WIPO, Revised Draft Program and Budget 2002-2003, WO/PBC/4/2, nº 5.

³⁶ Sobre esta concepción "business orientated" del modelo de organismo público, vid. CASADO, *Globalización...*, cit., ps. 34 a 36.

³⁷ Por ejemplo, al ampliar a 30 meses el plazo otorgado en el PCT para que la tramitación de la solicitud internacional de patente pase a la fase nacional.

³⁸ Vid. BERCOVITZ "Análisis del Sistema...", cit. P. 274 y "Desarrollo Económico..." cit., p. 220.

empresas, sin tener suficientemente en cuenta los intereses de otros sectores o el interés público, y alterando incluso en puntos importantes la propia finalidad de las instituciones de propiedad industrial³⁹.

A ese riesgo hay que unir el hecho constatado de que a nivel internacional se ha producido por los distintos organismos encargados del examen previo de las patentes una reducción del nivel inventivo exigido para otorgar la patente, con la consecuencia de que se ha multiplicado extraordinariamente el número de solicitudes de patente. Ello ha causado un retraso insoportable en la concesión de las patentes y en definitiva que un número importante de las patentes concedidas tiene un nivel inventivo bajísimo o nulo⁴⁰. Pero esta multiplicación extraordinaria del número de patentes, muchas de las cuales carecen realmente del nivel inventivo exigible, opera totalmente en contra de las pequeñas y medianas empresas, puesto que ese fenómeno hace que en el mercado tecnológico predomine totalmente la valoración del poder financiero sobre la creatividad. En efecto, cuando una gran empresa dispone de una cartera de patentes para un mismo tipo de producto tecnológico, con un número importante de patentes concedidas, aunque muchas de ellas debieran ser declaradas nulas por su falta de actividad inventiva, está en situación de amenazar con el ejercicio de acciones basadas en todas esas patentes para impedir la competencia de otras empresas⁴¹. Y la situación de estas otras empresas, cuando tienen una capacidad financiera limitada o muy limitada, como ocurre con las pequeñas y medianas empresas, les impide hacer frente de una manera efectiva a esos requerimientos o a esas acciones judiciales aunque estén injustificadas. Piénsese en el coste que significa tener que traducir patentes, investigar anterioridades y encargar a peritos que juzguen sobre la novedad o actividad inventiva. Todo eso tiene un coste económico importante, que se hace imposible de soportar cuando hay que referirlo no a una única patente, sino a varias patentes sucesivas que se refieren a invenciones supuestamente complementarias o de desarrollo.

³⁹ Favorable a evitar ese riesgo, CASADO "Globalización..." cit. P. 36.

⁴⁰ Sobre esta problemática, vid. CORNISH, ob.cit., ps. 18 a 21.

⁴¹ CORNISH, ob.cit., p. 4 se refiere a la frecuencia con la que "bucaneros se arman con dudosos derechos con los que imponerse a los navios de los comerciantes decentes".

VIII. Libre circulación de mercancías: agotamiento y problemas lingüísticos

1) Agotamiento de los derechos de propiedad intelectual

En un mercado globalizado parece fundamental la libre circulación de las mercancías en todo el mercado, sin que suponga obstáculo para ello la existencia de fronteras nacionales.

Por ello precisamente se plantea el problema de la territorialidad de derechos de propiedad intelectual.

Existe, sin embargo una institución en materia de propiedad intelectual, creada para facilitar la libre circulación de objetos protegidos. Es el denominado "agotamiento del derecho" al que ya se ha hecho referencia anteriormente.

Consiste el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual en que una vez que un producto protegido por un derecho de propiedad intelectual es puesto en el mercado por el titular del derecho o con su autorización, ese producto puede ya circular libremente en el mercado, sin que el titular del derecho pueda ejercitar tal derecho para impedirlo.

El agotamiento puede ser nacional, comunitario o internacional, según que la introducción del objeto en el mercado por el titular del derecho o con su autorización, impida a éste utilizar su derecho de propiedad intelectual sobre el mismo bien inmaterial para impedir la libre circulación en el mercado nacional, en el mercado comunitario europeo en el caso de la Unión Europea, o en el mercado internacional en general.

En el ámbito de la Unión Europea rige el agotamiento comunitario, pero no el agotamiento internacional⁴². Esto significa que si un objeto protegido por un derecho de propiedad intelectual es puesto en el mercado en cualquier país de la Unión Europea por el titular del derecho o con su autorización, ese titular no puede ejercitar los derechos de propiedad intelectual que tenga en otros Estados miembros que afecten a ese mismo objeto para impedir la libre circulación del mismo en todos los Estados de la Unión. Así lo ha establecido una extensa jurisprudencia y así aparece expresamente, por ejemplo en la Primera Directiva sobre marcas, ya citada anteriormente, de 21 de diciembre de 1988 (artículo

⁴² Vid BERCOVITZ, Alberto, Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico, Pamplona 2002, pg. 144 a 149.

7) y en la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (artículo 15).

Sin embargo, en la Unión Europea no se admite el agotamiento internacional, lo cual significa que el titular de los derechos de propiedad intelectual puede ejercitar los derechos de esa clase que ostente en los Estados de la Unión Europea para impedir que se comercialicen productos que él mismo o alguien con su autorización introdujo en el mercado fuera de la Unión Europea.

Pues bien, es evidente que el mayor obstáculo que se plantea a la libre circulación de mercancías protegidas por derechos de propiedad intelectual en un mercado globalizado, es precisamente la posibilidad que tienen los titulares de tales derechos de compartimentar los mercados, ejercitando sus derechos exclusivos de ámbito territorial nacional o regional para impedir que los productos que ellos mismos introducen en un mercado nacional puedan exportarse a otros mercados nacionales o regionales distintos. Gracias a la territorialidad de sus derechos exclusivos los titulares están en condiciones de impedir las que se denominan "importaciones paralelas", esto es, importaciones que realiza quien no es titular del derecho exclusivo, adquiriendo en un mercado nacional los productos introducidos en ese mercado por el titular del derecho y exportando tales productos legalmente adquiridos a otro mercado. Y hay que tener en cuenta que si el negocio de las importaciones paralelas existe y tiene una gran importancia es porque el titular de los derechos de propiedad intelectual comercializa los productos protegidos por su derecho a menudo con grandes diferencias de precio. Ello hace atractivo el negocio de comprar los productos a un precio barato en un mercado y exportarlos a otro mercado donde el propio titular de los derechos los comercializa a un precio frecuentemente mucho más elevado.

Cabía esperar, por tanto, que un convenio como el ADPIC que tiene como objeto, según se declara expresamente en el preámbulo "reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo", adoptaría una medida básica consistente en imponer el agotamiento internacional. Y sin embargo no lo ha hecho, puesto que en el artículo 6 viene a dejar a los Estados firmantes en libertad de establecer o no en sus legislaciones nacionales el agotamiento internacional. Así lo ha confirmado expresamente la "Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública", adoptada por la Conferencia Ministerial de la OMC en Doha el 14 de noviembre de 2001 (nº 5.d de la Declaración).

Existen, además, importantes argumentos a favor de ese agotamiento internacional.

Por lo que se refiere a los derechos de propiedad intelectual que otorgan derechos exclusivos sobre nuevas creaciones industriales, literarias o artísticas (patentes, modelos y dibujos o derecho de autor), parece claro que cuando el titular comercializa el producto voluntariamente en un mercado, lo hace obteniendo una compensación económica que él juzga adecuada por su creación. No parece razonable que tenga derecho a una nueva compensación por el hecho de que el objeto comercializado por él sea exportado a otro mercado nacional o regional donde ese titular ostenta también un derecho de propiedad intelectual sobre ese mismo objeto.

Y por lo que se refiere a las marcas, si estas tienen por objeto asegurar que los productos marcados han sido puestos en el mercado por el titular del derecho o con su consentimiento, es indudable que esa función se cumple cualquiera que sea el mercado en que el titular introduzca el producto de que se trate. Lógicamente ese producto debe poder circular sin que el propio titular impida esa circulación invocando el derecho exclusivo que tenga sobre la misma marca en otros países para evitar la importación del producto en cuestión⁴³.

Como principales argumentos en contra del agotamiento internacional se alega, por una parte, que los productos marcados en los distintos países son a menudo diferentes atendiendo a los gustos, climatología o incluso normas legales aplicables en cada uno de ellos. Y se indica también que el agotamiento internacional dificulta la lucha contra la piratería de los productos marcados.

Es dudoso, sin embargo, que estos argumentos sean plenamente aceptables. En primer lugar hay muchísimos productos cuya composición no varía en absoluto según sean producidos o comercializados en uno u otro país. Es más, con gran frecuencia los productos marcados que se comercializan en distintos países proceden de las mismas fábricas. Respecto de aquellos productos, cuyas características o calidad varían según los países en que son comercializados, bastaría con que en el etiquetado quedara suficientemente claro el país de origen o que el producto no se ha fabricado para la Unión Europea. Y, por supuesto, si existen normas legales o reglamentarias sobre la composición del producto, éstas se

⁴³ Vid. DE LAS HERAS LORENZO, Tomás, *El Agotamiento del Derecho de Marca*, Madrid 1994, especialmente pg. 25 a 37.

aplicarían para impedir la entrada en el mercado de los productos que no reunieran los requisitos exigidos.

Se señala que las importaciones paralelas deberían impedirse salvo que los consumidores consideraran, por razón de la marca, que están obteniendo productos con calidades distintas⁴⁴. Ese fue precisamente uno de los fundamentos de la sentencia de la Court of Appeal británica, de 20 de abril de 1989, en el caso conocido como Colgate II (Colgate-Palmolive Ltd. v. Markwell Finance Ltd.)⁴⁵, que como consecuencia de una acción ejercitada por la filial inglesa de Colgate-Palmolive condenó la comercialización en el Reino Unido de pasta de dientes con la marca Colgate procedente de Brasil, donde había sido comercializada por otra filial del mismo grupo.

Para hacer frente a este problema no parece necesario impedir las importaciones paralelas, sino que basta que el etiquetado sea suficientemente explícito para hacer ver la distinta procedencia del producto.

Por lo que se refiere a la dificultad para reprimir la piratería, éste es un argumento inaceptable. También podría decirse que la libre circulación de capitales o la libertad para realizar inversiones facilita el blanqueo de dinero, o que la facilidad para la libre circulación de las personas permite una mayor facilidad para la actuación de las redes criminales. Evidentemente no es admisible restringir derechos individuales pura y simplemente por el temor a la mayor dificultad en la represión de las actividades delictivas.

Lo que sí es cierto es que cuando se suministran a países en vías de desarrollo determinados medicamentos a precios muy reducidos por razones de solidaridad, no parece admisible que esos mismos productos vuelvan al mercado de los países desarrollados a través de las importaciones paralelas a precios totalmente inferiores a los que se practican en esos países.

2) Algunos problemas lingüísticos

La globalización puede encontrar también dificultades en virtud de problemas lingüísticos, porque puede ocurrir que como consecuencia

⁴⁴ Vid. CORNISH, ob. cit., p. 102

⁴⁵ Internacional Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC), vol. 22 (1991), pg. 412 y ss. Vid. también la referencia a esa sentencia en DE LAS HERAS LORENZO, ob. cit., pg. 92 a 98.

del cambio de idiomas vigentes en los distintos mercados una misma palabra tenga significados diferentes.

Así, por ejemplo, puede ocurrir que una marca denominativa que tiene carácter perfectamente distintivo en un país determinado, no sea protegible como marca en otro país distinto, porque en él ese término es usado en general para denominar genéricamente el tipo de productos que la marca pretende distinguir.

O puede ocurrir que una marca denominativa para determinados productos sea perfectamente correcta en un país y sea, sin embargo, engañosa sobre la calidad del producto en otro país con un idioma distinto.

Así se puso de manifiesto, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de noviembre de 1996, en el caso "Cotonelle"⁴⁶.

En el supuesto litigioso se planteaba que la marca "cottonelle" aplicada a pañuelos de papel era engañosa en Italia, porque inducía a pensar que los pañuelos eran de algodón. Sin embargo en Francia o en España habían fracasado las acciones ejercitadas para conseguir la nulidad de la marca por su supuesto carácter engañoso.

Pero los problemas lingüísticos no solo pueden afectar a las marcas, sino a la propia denominación de los productos. Porque puede ocurrir que un producto, si se prohíbe denominarlo de una manera determinada dadas sus características, no pueda competir con productos similares. Un ejemplo extraído de la jurisprudencia comunitaria europea puede ilustrar el supuesto al que nos referimos.

En efecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de diciembre de 1981, Comisión de las Comunidades europeas contra la República de Italia (Caso Vinagre), tuvo que resolver si una disposición legal italiana que establecía que solo se podría denominar "vinagre" ("aceto" en italiano) al vinagre de vino suponía un obstáculo ilegal a la libre circulación de mercancías en la Comunidad, al impedir que se pudiera comercializar en Italia con la denominación "vinagre", el vinagre de manzana procedente de otros Estados miembros. La sentencia condenó a Italia por reservar la denominación "vinagre" para el vinagre de vino, a pesar de la defensa del Gobierno italiano en el

⁴⁶ Filii Graffione SNC contra Ditta Fransa.

sentido de que en Italia siempre que solo se utilizaba el término "vinagre" para el "vinagre de vino".

Como puede observarse, por tanto, también los problemas lingüísticos pueden plantear importantes dificultades para la globalización de los mercados.

IX. Los problemas planteados por Internet

Internet ofrece un mercado verdaderamente globalizado que ha creado la falsa ilusión de que la globalización de los mercados es un fenómeno generalizado y ya realizado en la práctica. Pues bien, internet ha supuesto un fenómeno nuevo con todo tipo de implicaciones para la propiedad intelectual. Así se plantean problemas como los nombres de dominio y sus conflictos, especialmente con las marcas y nombres comerciales, o la realización de actos que violan derechos de propiedad industrial (utilización en las páginas web de marcas o diseños y ofrecimiento de productos protegidos por patentes, marcas, diseños, etc.) y que tienen que ser juzgados con los mismos criterios y aplicando las mismas leyes que si se realizaran esos actos en los mercados tradicionales⁴⁷.

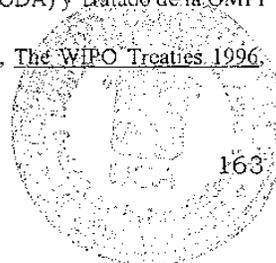
Pero ha sido en relación con el derecho de autor y los derechos conexos donde el impacto de internet ha tenido efectos más relevantes.

Por una parte, porque a nivel internacional, el Convenio de la Unión de Berna vinculaba el derecho exclusivo de explotación a las obras protegidas fundamentalmente a dos tipos de actos, la reproducción (artículo 9 del Convenio) y la comunicación pública (artículos 11.11 bis y 11 ter del Convenio). Pues bien internet afecta radicalmente a esa distinción clásica, por cuanto los actos de transmisión dan lugar simultáneamente a modalidades de reproducción y comunicación pública de las obras. Por ello se elaboraron los nuevos Tratados OMPI de 20 de diciembre de 1996 sobre el derecho de autor y los derechos de artistas-intérpretes y productores de fonogramas⁴⁸, en los que se

⁴⁷ Sobre la nueva problemática planteada por la sociedad de la información al Derecho de autor, vid. BERCOVITZ, Alberto, "Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas" en El Derecho de Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías, Ministerio de Cultura, Madrid 1996, ps. 71 a 109, en particular ps. 91 a 109.

⁴⁸ Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor (citado abreviadamente como TODA) y Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

Sobre estos Tratados, vid. REINBOTHE Jörg y VON LEWINSKI, Silke, The WIPO Treaties 1996, Butterworths, Great Britain 2002.



reconocen nuevos derechos exclusivos como los derechos de alquiler (artículo 7 TODA), de comunicación al público por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público (artículo 8 TODA), y de distribución, ampliándose, además la propia noción de “público”. En efecto, el público a los efectos de la comunicación al público se consideraba tradicionalmente que exigía la concurrencia en un mismo lugar y simultáneamente de un cierto número de personas. Pero esa noción ya no se adapta a la comunicación a través de internet, que se hace a una pluralidad de personas que no concurren en un lugar y momento determinados. Por ello se atribuye al titular de la obra el derecho exclusivo a autorizar “la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija” (artículo 8 TODA).

Una cuestión de la mayor importancia en Internet consiste en el respeto al derecho moral de los autores, por cuanto un riesgo grave consiste en que las obras originales sean alteradas por los usuarios y circulen así modificadas por la red, sin posibilidad de comprobar que la obra a la que se accede no ha sido manipulada. Es por ello importante, por una parte, obtener la transmisión de las obras desde un portal fiable, y por otra que los titulares utilicen medios tecnológicos que impidan la modificación no autorizada.

Pero, además, la utilización de las obras protegidas y de los derechos conexos a través de internet plantea otros problemas muy graves que no están todavía resueltos y que se refieren básicamente a la incidencia que en el respeto del derecho exclusivo tiene el acceso que a las obras protegidas tienen los particulares. En efecto, se ha generalizado de tal manera ese acceso libre que llega a plantearse si no llevará incluso a la desaparición, por ineficacia, del derecho exclusivo⁴⁹. Los datos que se manejan son ciertamente impresionantes; por ejemplo, se calcula que cada día se descargan de internet, en violación del derecho de autor, unas 500.000 películas⁵⁰.

Pero frente a ese planteamiento ha surgido la utilización de medidas tecnológicas de protección por parte de los titulares de derechos, gracias a las cuales puede controlarse el acceso de los internautas a las obras

⁴⁹ Vid. CORNISH, ob.cit., p. 50

⁵⁰ Vid. CORNISH, ob.cit., p. 51.

protegidas, exigiendo un pago y modulando el tipo de acceso según el uso permitido de la obra⁵¹.

Esas medidas tecnológicas de protección, contempladas en el Tratado OMPI sobre Derecho de autor de 1996 (artículos 11 y 12) se consideran importantes para hacer respetar el derecho de autor sobre las obras protegidas, siempre que se conjuguen con medidas legales de protección⁵².

Bien es cierto que se denuncian importantes peligros vinculados a la generalización de esas medidas tecnológicas de protección. Por una parte se señala que el control que tales medidas establecen incidiría en el respeto a la privacidad de las personas⁵³. Por otra parte, se señala que en la explotación de las obras protegidas por el derecho de autor siempre se han establecido límites al derecho exclusivo para permitir la difusión de las obras y su integración en la evolución cultural⁵⁴. Así se señala que hasta ahora existen utilidades libres de las obras protegidas que cumplen una importante función social y que se harían imposibles si se generalizaran los sistemas de explotación aplicando medidas tecnológicas de protección, es el caso, de los derechos de cita, o las utilidades con fines educativos, de investigación o de información (artículos 9.2, 10 y 10bis del Convenio de Berna).

Por ello se discute si debería prosperar la explotación mediante medidas tecnológicas de protección o estableciendo un sistema de remuneración similar al que ya rige para las copias privadas por reprografía o medios de reproducción audiovisual (artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual), esto es, estableciendo un canon a pagar por los fabricantes o importadores de ordenadores y CD-Rom⁵⁵.

Una manifestación peculiar de esta problemática que afecta a la protección de las obras en internet en relación con el acceso de los particulares a las mismas lo plantea la denominada transmisión “de

⁵¹ Sobre la importancia del acceso condicional y las medidas tecnológicas de protección, vid. CORNISH, ob.cit., ps. 54 a 56.

⁵² Vid. CORNISH, ob.cit., p. 55.

⁵³ CHARLESWORTH, Andrew, “The Levitation of Copyright: An Economic Approach to Digital Home Copying, Levies and DRM systems”, ponencia presentada en Annual ATRIP Conference 2004, 26-29 July 2004, Utrecht, ps. 6 a 8.

⁵⁴ Vid. CORNISH, ob.cit., p. 57.

⁵⁵ Sobre este tema, vid. el trabajo anteriormente citado de CHARLESWORTH, 10 ps., y PEUKERT, Alexander, “International Copyright Law and Proposals for Non-Voluntary Licenses Regarding P2P File Sharing”, ponencia presentada en Annual ATRIP Conference 2004, Proceedings, 26-29 July 2004, Utrecht 16 ps.

particular a particular" ("Peer to peer" o abreviadamente P2P), de la que el ejemplo más conocido ha sido el caso Napster⁵⁶.

Como es sabido en estos casos se suministra a los particulares interesados un programa que les permite entrar en los ficheros de otros participantes en el sistema, de manera que pueden elegir las obras que les interesen y tener acceso a las mismas para descargarlas en el propio ordenador.

Tanto el suministro del programa como la puesta a disposición del sistema de un servidor central son evidentemente actos que violan el derecho de autor como contribuciones indirectas a la infracción; pero los propios particulares participantes en el sistema realizan una actuación ilegal al poner las obras protegidas a disposición del público integrado por todos los participantes en el sistema.

Los sistemas P2P pueden realizarse mediante un servidor centralizado o mediante servidores descentralizados, en cuyo caso se complica ciertamente el ejercicio de las acciones legales por parte de los titulares de derechos.

Esa dificultad para el ejercicio de acciones que hagan efectivo el derecho exclusivo del titular es un problema grave en relación con internet⁵⁷. Por ello se ha establecido legalmente que cuando los contenidos que se transmiten por la red violen derechos ajenos, será posible ejercitar acciones de responsabilidad en ciertos casos frente a los proveedores de servicios, esto es, a los proveedores de acceso y de alojamiento de datos⁵⁸.

A todo ello hay que sumar otra importante dificultad añadida como es la de determinar el Derecho nacional aplicable a las infracciones de derechos realizadas por internet, supuesto que la transmisión puede realizarse desde cualquier país del mundo. Y no cabe ignorar que las legislaciones nacionales establecen regulaciones distintas en esta materia, siendo además muy problemático en muchos casos la eficacia

⁵⁶ Vid. CORNISH, ob. cit., ps. 52 a 54.

⁵⁷ Vid. CORNISH, ob.cit., ps. 58/9.

⁵⁸ Vid. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), arts. 12 a 15. Esa Directiva ha sido incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, cuyos artículos 14 a 17 se dedican a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. Vid. BERCCOVITZ, Alberto, Apuntes de Derecho Mercantil, 4ª ed., Pamplona 2003, ps. 163 a 165.

real de las acciones legales ejercitadas ante los Tribunales de determinados países.

Urge, por tanto, una generalización a nivel internacional de las normas sustantivas que regulan esta materia, así como el establecimiento a nivel internacional privado de un Convenio que atribuya la competencia judicial para el conocimiento de los litigios y el reconocimiento de sentencias en estas materias.

X. Nuevas reivindicaciones de los países en desarrollo

En relación con este proceso de globalización han surgido además nuevas reivindicaciones de los países en desarrollo.

Por supuesto, la queja principal de estos países consiste, como ya se ha expuesto, en que las normas internacionales establecidas para la protección de la propiedad industrial en el ADPIC no están adaptadas a su nivel de desarrollo. Se les ha impuesto pura y simplemente las normas de protección a las que han llegado los países desarrollados después de más de un siglo de evolución industrial y tecnológica. Y esa imposición hace evidentemente más difícil que los países en desarrollo puedan incorporarse al proceso moderno de creación tecnológica. De alguna manera cabría afirmar que las normas del ADPIC tienden a hacer permanente la situación de desequilibrio que en la actualidad existe en materia de producción tecnológica. En definitiva se consagraría la división entre los países desarrollados del norte que crean la inmensa mayoría de las innovaciones tecnológicas, y los países del sur, en vías de desarrollo, a los que normas del ADPIC les impondría fundamentalmente la obligación de proteger las innovaciones tecnológicas procedentes de los países desarrollados del norte⁵⁹.

A esa queja de carácter general se unen además reivindicaciones mucho más concretas referentes a los recursos genéticos, a los conocimientos tradicionales y a las expresiones culturales.

1) La obtención de los recursos genéticos

En la actualidad una parte importante de las invenciones patentables consisten en el descubrimiento, aislamiento y utilización de microorganismos y material biológico existente en la naturaleza. Pues bien, resulta que los países más ricos en recursos genéticos son los países en vías de desarrollo del sur, que denuncian como las empresas de los

⁵⁹ Vid. GROSHEIDE, ob.cit., ps. 19/20 y DIAS VARELLA, ob.cit., ps. 82/3.

países desarrollados obtienen esos recursos en sus países y después patentan las invenciones correspondientes tras el correspondiente proceso de investigación en sus laboratorios. Así pues, con gran frecuencia el material genético en el que se basa la patente procede de un país en vías de desarrollo, que no obtiene sin embargo absolutamente ningún beneficio por el hecho de que se haya obtenido una patente para una invención basada en ese material⁶⁰.

Esta realidad fue ya tomada en consideración en el Convenio sobre la diversidad biológica (abreviadamente Convenio sobre Biodiversidad) firmado en Rio de Janeiro el 5 de junio 1992⁶¹, en cuyo artículo 15 se impone la obligación de que quien utiliza material biológico existente en la naturaleza lo hubiera obtenido con un consentimiento informado por parte de los organismos correspondientes⁶². Se trata así de evitar la exportación ilegal de material biológico. En base a esta norma los países en desarrollo consideran que debería imponerse en las solicitudes de patente la indicación de la procedencia del material biológico al que la invención se refiere y la justificación de que ese material se ha obtenido por un consentimiento informado por parte de las autoridades correspondientes⁶³. A falta de ese requisito debería imponerse una sanción a la patente si llega a concederse, sanción que podría llegar a ser incluso la nulidad. Para que un planteamiento de ese tipo pudiera ser efectivo sería indispensable una regulación a nivel internacional que lo impusiera; pero los países en desarrollo se oponen a una regulación de ese tipo⁶⁴.

Así pues, lo correcto en esta materia es llegar a un acuerdo con las autoridades correspondientes para la obtención de recursos genéticos y establecer un convenio en que se regule alguna forma de compensación económica para el Estado o a la entidad que ha dado el consentimiento informado. Lamentablemente la realidad dista, al parecer, bastante de este "*desideratum*".

⁶⁰ Sobre esta problemática y el marco jurídico de referencia, vid. MASSAGUER, J., "Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos mediante el sistema de propiedad intelectual", en Actas de Derecho Industrial, Tomo XXIII (2002), ps. 197 a 221, en concreto ps. 204 a 210.

⁶¹ En relación con el Convenio sobre Diversidad Biológica, vid. PEREZ SALOM, José Roberto, Recursos Genéticos. Biotecnología y Derecho Internacional, Pamplona 2002, ps. 69 y ss.

⁶² Sobre el consentimiento fundamentado, vid. PEREZ SALOM, ob.cit., ps. 211 y ss.

⁶³ Vid. MASSAGUER, ob.cit., p. 220.

⁶⁴ Vid. Commission on Intellectual Property Rights, ob. cit., ps. 84 a 87.

2) Conocimientos tradicionales

Pero el problema se agrava además porque a menudo lo que ocurre es que conocimientos tradicionales sobre las propiedades de determinadas plantas o determinado material biológico que existe en los países en desarrollo da lugar a solicitudes de patentes o a patentes que no hacen sino incorporar como supuestas invenciones, conocimientos tradicionales existentes en países en desarrollo⁶⁵. Resulta así que se obtiene un derecho exclusivo sobre algo que se ha obtenido pura y simplemente de los conocimientos tradicionales en determinadas comunidades. Así, por ejemplo, cabe citar lo ocurrido en el caso Turmeric (*Curcuma longa*)⁶⁶.

Se trata de una planta utilizada en la India para sazonar la comida y que se usa también tradicionalmente para curar heridas. Pues bien, en 1995 a dos ciudadanos indios del centro médico de la ciudad de Michigan les fue concedida una patente sobre el “uso de turmeric para curar heridas”.

El Consejo de Investigación Científica e Industrial de la India pidió la revocación de la patente, puesto que la invención no era nueva, ya que el turmeric venía siendo utilizado desde hace miles de años para curar heridas. Ese uso curativo aparecía incluso en un antiguo documento sánscrito. La patente fue revocada; pero este caso pone de manifiesto el tipo de problema sobre el que se basan las reivindicaciones de los países en vías de desarrollo.

Otro ejemplo de este tipo de problema lo ofrece el caso Ayahuasca⁶⁷.

Durante generaciones los chamanes de tribus indígenas de la cuenca del Amazonas han utilizado una planta, *Banisteriopsis caapi*, para producir una bebida ceremonial conocida como “Ayahuasca”, que significa “vino del alma” en ceremonias religiosas y curativas para diagnosticar y tratar enfermedades, encontrarse los espíritus y adivinar el futuro.

En junio de 1986 un ciudadano americano, Loren Miller, obtuvo una patente para una variedad de esa planta a la que llamó “Da Vine”, alegando que la había descubierto en un jardín doméstico de la zona

⁶⁵ Sobre las dificultades para la delimitación del concepto de “conocimientos tradicionales”, vid. MASSAGUER, ob.cit., ps. 198 a 204.

⁶⁶ Vid. Commission on Intellectual Property Rights, ob.cit., p. 76.

⁶⁷ Vid. Commission on Intellectual Property Rights, ob.cit., ps. 76/7.

amazónica. Pues bien, en este caso, aunque el “ente coordinador de las organizaciones indígenas de la cuenca amazónica” impugnó la patente concedida, la resolución final, por razones de la legislación aplicable al procedimiento, mantuvo la vigencia de la patente.

Estos dos casos no constituyen sino muestras de lo que está ocurriendo en la realidad. Se están patentando invenciones que no son sino conocimientos tradicionales de pueblos indígenas, y no es fácil impedir que esas patentes sean concedidas o que se mantengan en vigor; por una parte, porque no es sencillo y tiene un alto coste el vigilar las solicitudes de patente que se presentan o las patentes que se conceden a nivel mundial; y además porque a menudo se plantea un difícil problema de prueba para demostrar que la supuesta invención era ya conocida como conocimiento tradicional, puesto que este tipo de conocimiento se transmite oralmente de generación en generación⁶⁸.

En relación con la explotación de estos conocimientos tradicionales se produce además otro tipo de actuaciones de colaboración entre las poblaciones indígenas y los investigadores venidos de fuera. Así, por ejemplo, en Perú determinadas colectividades indígenas firmaron un Convenio de asistencia técnica con una empresa multinacional⁶⁹. La asistencia técnica la proporcionaban las colectividades indígenas, puesto que sus chamanes son los que conocen las propiedades medicinales o de otro tipo de las plantas y, por lo tanto, su colaboración es valiosísima a la hora de seleccionar un material biológico que puede ser susceptible de una utilización médica o de otro tipo. Naturalmente esta colaboración se da a cambio de una compensación económica fijada en el propio contrato.

3) Denominaciones tradicionales

En otras ocasiones el problema se plantea en relación con la expoliación de denominaciones tradicionales de determinados productos. Un ejemplo lo ofrece el llamado caso Basmati⁷⁰.

⁶⁸ Sobre esta problemática, sugiriendo soluciones técnico-jurídicas, vid. MASSAGUER, ob.cit., ps. 214 a 221.

⁶⁹ Vid. OMPI, Conocimientos Tradicionales: Necesidades y Expectativas en Materia de Propiedad Intelectual (Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999), Ginebra 2001, p. 194.

⁷⁰ Vid. Commission on Intellectual Property Rights, ob.,cit., p. 89.

Basmati es una variedad de arroz del Punjab de la India y del Pakistán que se exporta en grandes cantidades (alrededor de 300 millones de dólares anuales) y cuya venta es vital para la supervivencia de miles de agricultores.

Pues bien, en 1997 a la firma americana "RiceTec Inc" se le concedió una patente para plantas y semillas incluyendo arroces con características similares al Basmati. Esa patente se dejó sin efecto en lo relativo al arroz Basmati, pero la batalla legal se trasladó al uso del término "Basmati".

En algunos países como el Reino Unido y Arabia Saudita no se considera "Basmati" como un término genérico que pueda utilizarse para designar arroces similares de otra procedencia.

Pero en Estados Unidos la Federal Trade Commission ha considerado que el término "Basmati" es genérico para ese tipo de arroz y puede ser utilizado por tanto para arroces de cualquier procedencia.

Este caso pone de manifiesto los riesgos a que están sometidos los productos tradicionalmente conocidos en los países en desarrollo desde el punto de vista de su identificación. En definitiva es un problema con el que ya se han enfrentado los países en desarrollo, especialmente en Europa al proteger las denominaciones de origen; pero ese tipo de protección lamentablemente no está suficientemente extendida a nivel internacional.

Este tipo de problema se ha planteado en otros países. Vale la pena citar el hecho de que en México surgió una grave crisis cuando empresas japonesas empezaron a comercializar bebidas con el nombre tequila fabricado en Japón. El problema se solucionó al crearse la denominación de origen "tequila".

4) Expresiones culturales⁷¹

La misma problemática se extiende también a los diseños tradicionales de productos artesanales o de objetos ceremoniales, de los que se apropian terceras personas que los protegen a su nombre como derechos de propiedad intelectual o que, sin llevar a cabo esa apropiación por medio de un derecho exclusivo fabrican y venden los objetos copiados

⁷¹ Sobre la noción "expresiones culturales" y "conocimiento indígena" vid. GROSHEIDE, ob.cit., ps. 23 a 25.

anunciándolos como si procedieran de las propias tribus indígenas, sin que ello sea cierto.

Igual ocurre con las leyendas ancestrales y las canciones y músicas tradicionales que son objeto de explotación por terceros, ignorando que pertenecen a las colectividades que los han creado. Y lo que es más grave, muchos de esos elementos que son objeto de apropiación o explotación por terceros no autorizados son considerados sagrados en las culturas de las que proceden, con lo que al aspecto económico se antepone un agravio a los factores religiosos más identificativos y sagrados de la cultura de que se trate.

Para explicar la problemática que se plantea por esta apropiación y explotación de elementos procedentes de las culturas indígenas por parte de personas ajenas a los pueblos a los que esas culturas se refieren, se indica con razón que lo que ocurre fundamentalmente es que se plantea realmente un choque entre las distintas culturas y civilizaciones. Frente a planteamientos comunitarios y solidarios que rigen en los pueblos con culturas tradicionales, se contraponen los planteamientos individualistas y economicistas de los países más desarrollados, de tal forma que no existe coincidencia entre los conceptos básicos de lo que significa la propiedad de los elementos creados tradicionalmente⁷². Así ocurre que conforme al Derecho de los países desarrollados los elementos integrados en lo que se denomina “dominio público” pueden ser utilizados y explotados por cualquier persona, mientras que los elementos que en los pueblos indígenas se considera que pertenecen a la comunidad no pueden ser utilizados como mercancía por parte de los particulares⁷³.

Se señala, con razón, que también en los países desarrollados, y concretamente en Europa, existen y han existido expresiones culturales y conocimientos tradicionales, y que tales elementos se excluyeron de la protección por la propiedad industrial o el derecho de autor⁷⁴. Por lo que se refiere a los conocimientos tradicionales aplicables tecnológicamente, lo que ocurre es que al existir en los propios países desarrollados en los que se legislaba y se aplicaba la regulación sobre

⁷² Vid. GROSHEIDE, ob.cit., p. 26 y HAYYAN UL HAQ, L.M., “Questioning the existence of Indonesian copyrights regime in protecting cultural property”, ponencia presentada en Annual ATRIP Conference 2004, Proceedings, 26-29 July, Utrecht, 34 ps., en concreto ps. 6 y 31.

⁷³ Vid. GROSHEIDE, ob.cit., p. 26.

⁷⁴ Vid. GROSHEIDE, ob.cit., p. 20.

patentes, era mucho más fácil poner de manifiesto la falta de novedad de las invenciones en las que tales conocimientos tradicionales eran incorporados. Por lo que se refiere a las expresiones culturales su integración en el dominio público permitía su utilización o explotación por cualquiera, pero lo normal era que esa utilización o explotación fuera por personas pertenecientes al mismo ámbito económico y cultural.

Lo que plantea problemas en la actualidad, con relación a la explotación de las expresiones culturales y conocimientos tradicionales, consiste en que se pone de manifiesto un choque de culturas y de niveles de desarrollo. En efecto, a diferencia de lo ocurrido con las expresiones culturales y conocimientos tradicionales en Europa, en los países en desarrollo no ha sido una iniciativa de esos mismos países y de esas mismas comunidades indígenas la que ha creado las categorías legales hoy día vigentes a nivel internacional en materia de propiedad industrial y de Derecho de autor, con lo cual resulta que las categorías jurídicas no se corresponden con las concepciones propias de esos pueblos⁷⁵. Y a ello se une, como dato absolutamente fundamental, el hecho de que la explotación de esos elementos generados por las culturas tradicionales primitivas se hace en general por personas procedentes de otras culturas, que manejan esos elementos con criterios puramente económicos, de manera que los beneficios de la explotación no revierten en absoluto en los pueblos que originan los elementos que son explotados comercialmente, sino que las ganancias van a parar en general a las empresas de países más desarrollados. De ahí que resulte una sensación de frustración en la medida en que no se respetan los planteamientos culturales de los pueblos primitivos, que se sienten además explotados a favor de personas y empresas procedentes del mundo desarrollado.

⁷⁵ Vid. HAYYAN UL HAQ, *ob.cit.*, p. 31.

XI. Conclusión

Como puede apreciarse, por tanto, la globalización tiene una incidencia sobre los derechos de propiedad intelectual que excede con mucho del ámbito de lo puramente jurídico.

Ese proceso de adaptación de los derechos de propiedad intelectual a la globalización se está haciendo fundamentalmente bajo el impulso y en interés de los únicos operadores económicos que actúan realmente en el mercado global, esto es, las compañías multinacionales de los países desarrollados.

La tendencia predominante en la actualidad consiste en aumentar la protección en todos los países, sin tener en cuenta las circunstancias concretas de desarrollo de cada uno de ellos, dejando de lado el equilibrio que siempre ha estado en la base de los derechos de propiedad intelectual, entre el interés del titular y los intereses de los terceros; sin preocuparse por encontrar soluciones a los problemas específicos de los países en desarrollo o menos desarrollados, y sin que la vigencia de los derechos exclusivos vaya acompañada de una regulación a nivel internacional que impida de una manera efectiva los abusos de la competencia, esto es, de las prácticas restrictivas de la competencia y de los actos de competencia desleal.

Es indudable que hay que adaptar las normas sobre propiedad intelectual a las exigencias de la globalización, pero lo que ocurre es que esa adaptación no tiene por qué seguir necesariamente un modelo único, porque existen modelos alternativos que pueden responder con mayor equidad al tratamiento de todos los intereses en juego.