

¿Un sistema mundial de patentes?

El Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes de la OMPI

Por GRAIN (*)

Durante tres años un nuevo Tratado Internacional de Patentes ha estado bajo negociación en la Organización mundial de propiedad intelectual (OMPI) en Ginebra. Este Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes (TDSP) podría remover la mayor parte de la flexibilidad nacional que queda en los sistemas de patentes y allanar el camino para una futura patente mundial concedida directamente por la OMPI.¹ Esta es una perspectiva atractiva para las corporaciones transnacionales y las grandes potencias como los Estados Unidos y la Unión Europea, quienes ven a las patentes como un instrumento de primer orden para controlar una economía globalizada.

Un sistema realmente global de patentes, con una oficina central expidiendo patentes válidas en cualquier país del mundo, ha sido durante mucho tiempo un sueño entre las corporaciones transnacionales y los estrategas del sistema de patentes. Antes de los Acuerdos sobre Derechos de Propiedad Intelectual ligados al Comercio (TRIPS) de la OMC, fue considerado como un sueño imposible, porque la completa armonización necesaria no parecía políticamente alcanzable. La OMPI había sido repetidamente puesta a prueba y fracasado; el intento más reciente fue durante la década del 80. Por esto fue que la industria persuadió a los gobiernos a trasladar los temas de patentes a las negociaciones de la OMC, donde la presión política podía ser organizada en niveles mucho más altos que en la OMPI, que es un cuerpo técnico con limitada autoridad o experiencia política.²

El traslado de los temas de patentes a la OMC fue un éxito estrepitoso desde el punto de vista de las corporaciones transnacionales, los usuarios y beneficiarios primordiales de las patentes. Mediante el establecimiento de un nuevo y mucho más alto piso de armonización, implementado a través del sistema de sanciones comerciales de la OMC, los TRIPS impusieron estándares

de patentamiento de los países desarrollados en el conjunto del mundo en desarrollo de un solo golpe. Las patentes sobre productos farmacéuticos y organismos vivos pasaron a ser obligatorios, mientras que las posibilidades de agregar incentivos de desarrollo, tales como una condición para la elaboración local de la patente³ fueron radicalmente restringidas.

Esta armonización –lejana de alcanzar– fue “vendida” a los países en desarrollo renuentes con el fundamento de que un acuerdo multilateral sobre patentes significaría el fin de las presiones bilaterales de los países ricos. En la práctica, ha sucedido absolutamente lo opuesto. Los TRIPS han dado inicio a una nueva ola de demandas bilaterales más extremas desde los Estados Unidos, la Unión Europea y otros países desarrollados. Hoy, tan pronto como se negocia un acuerdo de cooperación para el comercio, la inversión o el desarrollo, entre un país rico y uno pobre, las cláusulas que exigen protección de patentes “TRIPS-plus” (***) se presentan como una condición de acceso al mercado, las inversiones directas o incluso la asistencia al desarrollo.⁴

Cuando la producción de bienes tangibles se traslada cada vez más a los países más pobres, la fuerte protección de los DPI se transforma en

(*) Resumen del artículo publicado en www.biodiversidadla.org, en octubre de 2003.

(**) N. del E.: Sobre este tema, consultar “Los Trips-plus entran por la puerta trasera” en la revista Biodiversidad N°30.

absolutamente crucial para los ricos. En muchos casos, ellos no venden los bienes como tales, sino solo su componente de DPI. En consecuencia, las patentes son actualmente más valiosas que las fábricas, y la fuerza de las compañías se mide cada vez más por el valor de su cartera de patentes y no por su capacidad productiva.

Paradójicamente, los TRIPS dieron a la OMPI un rol nuevo y mucho más fuerte, a pesar de sus fracasos previos en satisfacer las demandas de armonización de la industria. En cooperación cercana con el secretariado de la OMC, la OMPI ha sido instrumental en la implementación de las normas de TRIPS en los países en desarrollo, muchas veces aprovechando la oportunidad para delinear y recomendar la legislación TRIPS-plus. Los TRIPS crearon las condiciones para revivir el sueño de la patente mundial. La OMPI rápidamente reconoció que los TRIPS proporcionaron un escalón para el siguiente nivel de armonización. Desde que los TRIPS entraron en vigencia en 1995, la OMPI ha estado trabajando duro en las tres piezas claves de una estrategia para crear un sistema mundial de patentes con la OMPI al mando: el Tratado de Cooperación en materia de Patentes, el Tratado sobre el derecho de Patentes y el TDSP(*). La OMPI es bastante sincera acerca de esto. Incluso el Director General Kamal Idris ha puesto a disposición para este fin, una inusual lista de aspiraciones institucionales, conocida como la Agenda de Patentes (ver cuadro).

La Agenda sobre Patentes

La Agenda sobre Patentes no es un proceso separado en la OMPI, sino un documento político con el objetivo declarado de facilitar la discusión acerca del futuro desarrollo de la cooperación internacional sobre patentes. Su intención real es allanar el camino para el desarrollo de patentes mundiales bajo el auspicio de OMPI. Está ingeniosamente delineado y nunca lo dice tan explícitamente, pero el lector es inducido a esta conclusión paso a paso. El documento ha causado considerable controversia en los encuentros de la OMPI, a raíz de que no fue iniciado por los estados miembros a través de los canales formales, sino en forma independiente por el Director General de la OMPI. No obstante, ha servido a su propósito y sin duda hizo saber muchas de las decisiones individuales allanando el camino para las patentes mundiales.

La última versión de Agenda sobre Patentes se encuentra en: <http://www.wipo.int/patent/agenda/es/welcome.html>

(*N. del E.: Sobre el rol de los dos primeros tratados véase el artículo "Hacia un sistema mundial de patentes" en la Revista Biodiversidad N°35.

El corazón del tema

El **Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes** (TDSP) es el núcleo político de la Agenda de Patentes. Se ocupa de la sustancia de las patentes, de qué puede y no puede ser patentado, bajo qué condiciones y con qué efectos. Si tales asuntos no están armonizados, no puede haber nunca una patente mundial, no importa cuán uniformes y adecuadas lleguen a ser las formalidades y procedimientos.

No sorprendentemente, el TDSP es la pieza más difícil del rompecabezas para la OMPI. Las leyes de patentes han sido históricamente y desde siempre del ámbito nacional, y los gobiernos individuales están muy poco dispuestos a renunciar a su libertad para decidir sobre las reglas de patentabilidad. A pesar de que un cierto número de tratados, con origen en la Convención de París en 1883, han creado un régimen de reconocimiento mutuo entre sistemas nacionales de patentes, ha habido muy poca armonización sustantiva en el nivel mundial. Los TRIPS fueron el primer tratado internacional que prescribe normas mínimas para los temas centrales como el contenido de las patentes, el término de protección, o los mecanismos de ejecución.

El TDSP tiene la intención de dar un importante paso adelante. Los TRIPS definen un piso de armonización (el estándar mínimo), pero el TDSP elevará el piso y agregará un techo. El piso será elevado muy por encima del establecido por los TRIPS. Pero habrá también un estándar máximo, una prohibición categórica sobre criterios de patentabilidad adicionales. Mientras hoy los países son libres para crear cualquier condición adicional para conceder una patente a menos que la materia esté explícitamente regulada por TRIPS, en el futuro ellos tendrían solamente tales opciones si el TDSP los especifica en forma explícita.

Este es un cambio verdaderamente revolucionario, pero necesario si la patente mundial se transforma en realidad. Para que las patentes sean concedidas centralmente con validez mundial, los gobiernos del mundo deben estar de acuerdo en dar de baja a las diferencias nacionales y adoptar un derecho de patentes común.

El TSDP es diferente de los TRIPS

El TSDP es una secuela directa de los TRIPS. Pero existen algunas diferencias importantes en términos de procesos y políticas. Una razón principal para el éxito de los TRIPS fue que abarcó

solamente “los estándares de protección en los que los países desarrollados podrían estar de acuerdo entre ellos mismos”. La base para la fuerte alianza entre Unión Europea-Estados Unidos-Japón –conocida en el mundo de las patentes como la “Trilateral” – fue que ninguno de ellos tuvo que agregar o cambiar nada de importancia en sus leyes de patentes para cumplir con los acuerdos TRIPS. Se trataba, en todas partes, de cambiar las reglas para los países en desarrollo. Todo lo que podría haber dividido a los países desarrollados fue cuidadosamente mantenido fuera del alcance de los TRIPS.

El TDSP, en contraste, trata, ante todo, de allanar las diferencias persistentes entre los países de la Trilateral. Esto parecería una labor mucho más fácil. Los cambios involucrados son bastante limitados comparados con la reorganización al por mayor que implicaron los TRIPS para los países en desarrollo. No obstante, la armonización entre los poderes de la Trilateral será mucho más difícil políticamente de lo que fue para el resto del mundo armonizar su nivel de consenso en los TRIPS.

Otra diferencia importante es que los TRIPS podrían ser aplicados forzosamente a través de su anexión al paquete completo de la OMC. Los países en desarrollo se enfrentaron con la opción de aceptar los TRIPS como una parte del paquete o no ser parte de la OMC en su totalidad. La mayoría de ellos aceptaron los TRIPS como un mal necesario con el propósito de asegurarse los beneficios esperados del comercio y otras áreas, en particular el mejor acceso a los mercados de los países desarrollados para sus exportaciones agrícolas y textiles. El TDSP está siendo negociado en un contexto muy diferente. No existen cartas en la manga disponibles, ninguna oportunidad para comerciar manzanas por peras. Cualquier compromiso debe ser acuñado dentro de los límites del propio sistema de patentes.

Formalmente hablando, firmar el TDSP será opcional. Los países pueden aceptar los tratados de la OMPI en base al caso-por-caso, en contraste con el principio de negociación amplia (“compromiso único”) que rige la OMC. Pero en la práctica se ejercería considerable presión sobre todos los miembros de la OMPI para asociarse. Algo distinto de los tratados más especializados de la OMPI, el TDSP será a tal grado central para el futuro del sistema de patentes –ciertamente, las estructuras de poder en la economía global– que será difícil optar por quedarse fuera.



Los asuntos centrales

■ Concentración de poder

Inevitablemente el TDSP podría conducir a una concentración de poder adicional sobre el sistema de patentes en manos de la OMPI y la oficina mayor de patentes. Los ganadores serían principalmente los países de la Trilateral, pero también otros países desarrollados y posiblemente alguno de los más grandes países en desarrollo. Esto es en parte porque la armonización tendría lugar mayormente en los términos de los países dominantes y reflejaría sus prioridades políticas.

Diferencia crucial

La UE es la más propensa a dar la excepción del patentamiento a la vida. En la práctica, la UE ya concede patentes sobre plantas y animales de casi exactamente el mismo alcance que los Estados Unidos. Esto es posible porque hay una diferencia pequeña pero crucial entre el texto de los TRIPS y el de la Convención Europea de Patentes (CEP). Donde los TRIPS permiten exclusión de “plantas y animales”, la CEP sólo excluye “variedades de plantas y animales”. Esto es (torcidamente) interpretado por las oficinas de patentes europeas para dar a entender que las patentes sobre plantas y animales están muy bien, siempre y cuando la aplicación no sea para una “variedad” sino para alguna otra categoría como “especies”, “línea de reproducción” o cualquier otra.

■ Menos excepciones de patentabilidad

El único asunto sustantivo que divide a los países de la Trilateral es la cuestión de los límites de patentabilidad. Los Estados Unidos permiten patentes sobre prácticamente cualquier cosa, mientras Japón y en particular la Unión Europea (UE) tienen límites más estrictos.

Políticas complicadas

Distinta a la negociación de TRIPS, que fue estrictamente un tema de países desarrollados contra países en desarrollo, las políticas del TDSP se han vuelto bastante complicadas.

Hay un solo objetivo que parece ser compartido entre todos los actores: reducir el volumen de trabajo en las oficinas de patentes. Enfrentados con un siempre creciente número de aplicaciones y un similar incremento de la complejidad técnica,

grandes y pequeñas oficinas han tenido dificultades en mantener un ritmo de acción uniforme en el trabajo.⁵ Cuanto más similares llegan a ser las reglas de patentabilidad, las diferentes oficinas pueden confiar en el trabajo de otros. Las ventajas serían incluso más extensas por el lado de los solicitantes. Con menos diferencias entre las legislaciones nacionales, las solicitudes podrían ser reutilizadas de país a país, traduciéndose en ahorros sustanciales para los solicitantes, en primer lugar, las corporaciones transnacionales.

Pero aparte del asunto de la carga laboral, las fuerzas motivadoras que impulsan a los variados actores son muy diferentes. La OMPI misma es la única parte que exhibe claro entusiasmo por el proyecto de armonización.⁶ Esto no es sorprendente. El éxito del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (TCP) ha hecho a la OMPI rica y poderosa. Cada paso ulterior hacia las patentes globales la fortalecerá probablemente aún más, y no cabe duda que muchos de los mandamases sueñan con la eventual transformación de la OMPI en una Oficina Mundial de Patentes.

Los aliados más cercanos de la OMPI son lo que se conoce como el "grupo de usuarios", los representantes de las corporaciones y el comercio de patentes, quienes son tradicionalmente los únicos observadores de ONGs en los encuentros de la OMPI. Ellos frecuentemente toman parte muy activa en las discusiones, acercándose mucho al rol de partes negociadoras.⁷ Mientras el "grupo de usuarios" está frecuentemente dividido sobre asuntos individuales a lo largo de líneas regionales, su empeño para la armonización es generalmente más fuerte que el de los gobiernos.

Entre los gobiernos, Estados Unidos es el único intencionalmente comprometido en algún tipo de ofensiva. El gobierno de Estados Unidos se da cuenta que alguna de las idiosincrasias de sus leyes de patentes, en particular el modelo primer inventor(*), no sobrevivirá con el paso del tiempo. La UE toma una posición muy defensiva. Su meta parece ser que si hay armonización ulterior, debe estar basada en la tradición legal europea, con tan pocas concesiones como sea posible para los Estados Unidos. Bajo presión, con certeza se comprometería con Estados Unidos con el propósito de salvar al TDSP del fracaso. Japón, el tercer miembro de la alianza Trilateral, toma una postura defensiva similar a la UE, y es con frecuencia apoyado por Corea. Australia y Nueva Zelanda están más cerca de los Estados Unidos en térmi-

(*) N. del E.: Patentes en base a la fecha de invención antes que la fecha de solicitud.

nos de tradiciones legales. Canadá y Suiza también toman una posición intermedia, aunque más por razones políticas que históricas.

Iniciativas de los países en desarrollo

A pesar de representar la mayoría de los miembros de la OMPI, los países en desarrollo inicialmente se apegaron a su rol tradicional en las negociaciones, por lo común pasivo. Pero desde 2002, ellos han tenido un rol más activo y han puesto sobre la mesa un número importante de enmiendas para el texto del TDSP.

Los países de América Latina han puesto sobre la mesa enmiendas que:

- permitirían a un país hacer excepciones al tratado con el propósito de cumplir sus obligaciones para proteger los recursos genéticos, el conocimiento tradicional o el medio ambiente, o para proteger la salud pública o el interés en el desarrollo socioeconómico, científico y tecnológico; y

- permitiría el rechazo de solicitudes de patentes si ellas no cumplen con las leyes aplicables relativas a la salud pública, acceso a los recursos genéticos, conocimiento tradicional u otras áreas de interés público.

Otros países en desarrollo han puesto sobre la mesa enmiendas que:

- agregarían una condición para declarar el origen de los materiales biológicos usados en las invenciones pretendidas y el acatamiento al consentimiento previo informado (CPI) exigidos en las normativas sobre acceso a los recursos genéticos; y

- suprimirían enteramente la prohibición contra las condiciones nacionales adicionales sobre aplicaciones de patentes.

Todas estas enmiendas darían a los gobiernos más libertad en el diseño de sus sistemas de patentes para los objetivos de la política nacional y reduciría el nivel de armonización en el TDSP. De forma previsible, los países desarrollados y la OMPI respondieron con alarma. Las enmiendas fueron interpretadas como una amenaza para la negociación completa. La OMPI llegó a negarse a poner las primeras enmiendas dentro del borrador del tratado, pasando por alto en forma total las prácticas establecidas. Los países en desarrollo por supuesto insistieron, y la OMPI tuvo que aceptar.

¿Por qué armonizar del todo?

Los países en desarrollo han exhibido un notable frente unido en los asuntos centrales conducidos mediante estas enmiendas. Desde Argentina a África o China, el mensaje ha sido claro: ellos no están deseosos de abandonar su derecho al uso de sistemas de patentes como una herramienta para los objetivos más amplios de la política nacional. Los países en desarrollo se han dado cuenta que tienen mucho más para perder que para ganar a partir de la armonización de las leyes de patentes ulteriores. La reducción de la carga de trabajo y cualquier ventaja práctica de armonización no puede valer más que la pérdida del control político sobre el desarrollo crucial y los factores de interés público.

¿Pero entonces, por qué negociar para una armonización total más adelante? Los países en desarrollo ya se han comprometido ellos mismos a un nivel excesivo de armonización con los TRIPS. Pocos habrían elegido libremente introducir patentes sobre los alimentos, los productos farmacéuticos y los organismos vivos hasta el punto que los TRIPS exigen. Las derogaciones limitadas y los plazos más largos de implementación concedidos a ellos bajo TRIPS no han atenuado —sólo retardado— los efectos negativos.

Los países en desarrollo tienen el poder para hacer o romper esta negociación. Si quieren seriamente el espacio político para el desarrollo y la búsqueda del interés público, necesitan simplemente decir no a la armonización ulterior de las leyes de patentes a través de OMPI. Sin los países en desarrollo, no habrá ningún Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes y ninguna transformación de la OMPI en una Organización Mundial de Patentes.

Los países en desarrollo deben renovar la demanda de que la totalidad acumulada de enmiendas propuestas finalmente se trate, tal como la propuesta ampliamente apoyada para prohibir enteramente patentes sobre formas de vida. Esta propuesta ha sido repetidamente desarrollada en la OMC desde 1999, tanto por el Grupo Africano como por los Países Menos Desarrollados, pero está todavía aguardando acción.

No hay ningún escenario ganador-ganador

Esta es una agenda ambiciosa, pero no imposible, especialmente después de Cancún donde los países en desarrollo finalmente asumieron su legítimo rol como miembros iguales de la OMC. Incluso deteniendo el TDSP y reformando TRIPS

no resolverán los problemas fundamentales por, al menos, dos razones cruciales:

- Ninguna medida de reforma de TRIPS cambiará el hecho de que es un acuerdo destinado a subordinar la política nacional sobre DPI a la agenda del libre comercio. La cancelación es la única solución real que queda para este problema; y

- Si el juego multilateral de armonización de patentes es detenido en la OMPI y las demandas de flexibilidad son traídas de regreso a la OMC, sin duda veremos esfuerzos más intensificados de los países industrializados para lograr la armonización global progresiva de los estándares de TRIPS-plus a través de tratados bilaterales y regionales elaborados trabajosamente a puertas cerradas.

No hay ninguna solución ganador-ganador para este conflicto, porque en las raíces está el control sobre la economía mundial y la distribución de sus beneficios. Los países ricos continuarán usando cualquier medio a su disposición para persuadir, presionar y forzar categóricamente a los países más pobres a consentir e implementar siempre privilegios más fuertes al monopolio sobre el conocimiento y la tecnología ●

Notas

- ¹ Ver GRAIN, "La OMPI se encamina hacia un sistema mundial de patentes". Julio 2002.
- ² Para un informe completo sobre el trasfondo de los TRIPS, ver Peter Drahos and John Braithwaite, *Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy*. Earthscan, London 2002.
- ³ El funcionamiento local significa que la patente es solamente válida si es utilizada en el país de la concesión. Por ejemplo, una patente llevada a cabo por una compañía extranjera será invalidada si esa compañía importa solamente el producto y por lo tanto utiliza la patente exclusivamente para parar la competencia local.
- ⁴ GRAIN, "TRIPS-plus entran por la puerta trasera". Julio 2001. Peter Drahos, "The New Bilateralism in Intellectual Property". December 2001. OECD, "Regionalism and the Multilateral Trade System". July 2003. GRAIN, "TRIPS-plus: where are we now?". August 2003.
- ⁵ Algunos ejemplos recientes demuestran cómo pueden suceder situaciones extremas. A principios de 2000, la oficina de patentes y marcas registradas de los EE.UU. recibió una aplicación de patente de 400.000 páginas. No mucho más adelante, la oficina de patentes europea recibió una de 500.000 páginas. Desde mayo de este año, USPTO tiene en sus manos un solicitud de patente de la Shell Oil que no lleva menos de 7.200 demandas individuales.
- ⁶ Formalmente la OMPI no es parte de las negociaciones y debe ser un árbitro neutral y estar al servicio de los gobiernos. En la realidad, ha asumido el rol de parte persiguiendo definitivamente una agenda propia.
- ⁷ Las organizaciones de comercio de patentes son con mucho la mayoría en este grupo, mientras que las agrupaciones de la industria, tales como UNICE (Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe) y BIO (I US Biotechnology Industry Organisation) participan en forma irregular.