

La propiedad intelectual en los acuerdos ADPIC plus suscritos por Colombia: una visión desde la teoría económica de los derechos de propiedad*

Intellectual property in the ADPIC Plus agreements subscribed by Colombia: a view from the Economic Theory of Property Rights

Felipe Andrés Cristancho Escobar¹  

Fecha correspondencia:

Recibido: noviembre 14 de 2016.

Revisión: noviembre 14 de 2016.

Aceptado: diciembre 15 de 2016.

Forma de citar:

Cristancho Escobar, F. (2017). La propiedad intelectual en los acuerdos ADPIC plus suscritos por Colombia: una visión desde la teoría económica de los derechos de propiedad. *Rev. CES Derecho.*, 8(1), 124-138.

Open access

[Términos de uso](#)

[Licencia creative commons](#)

[Ética de publicaciones](#)

[Revisión por pares](#)

[Gestión por Open Journal System](#)

DOI: <http://dx.doi.org/10.21615/cesder.8.1.6>

ISSN: 2145-7719

Sobre el artículo:

*El presente trabajo fue presentado como ponencia en la Tercera Conferencia Bienal de la Red Latinoamérica de Derecho Económico Internacional, celebrada en la Universidad de Federal do Rio Grande do Sul, en Porto Alegre (Brasil), entre el 22 y 24 de octubre del año 2015. Además el presente trabajo se elaboró en el marco del proyecto de investigación del proyecto titulado: "La propiedad

Resumen

El presente artículo analiza, desde la perspectiva de la Teoría Económica de los Derechos de Propiedad, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Colombia, específicamente el acápite de propiedad intelectual, con la finalidad de encontrar criterios ADPIC Plus en el acuerdo. Por esta razón, además de la introducción, este artículo se divide en tres partes y una conclusión final: en la primera, se estudia el surgimiento de la propiedad intelectual en el derecho internacional; en la segunda, se abordan las posturas de la teoría económica sobre la propiedad intelectual; en la tercera, se establecen unos criterios para definir que el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos tiene compromisos ADPIC Plus; finalmente, se presentan las conclusiones.

Palabras claves: Adpic, Adpic Plus, Teoría Económica de los Derechos de Propiedad, Tratado de Libre Comercio, Propiedad intelectual.

Abstract

The present paper analyzes, from the perspective of Economic Property Rights Theory, the Free Trade Agreement between United States of America and Colombia, specifically intellectual property section, in order to find TRIPS Plus criteria in the agreement. For this reason, besides the introduction, this paper is divided in three parts and a final conclusion: in the first part, the arising of the intellectual property in the international law is studied; in the second part, the postures of Economic Theory about intellectual property are approached; in the third part, the criteria, in order to define the TRIPS Plus commitments in the Free Trade Agreement between United States of America and Colombia, are established; finally the conclusions are presented.

Keywords: Trips, Trips Plus, Economic Property Rights Theory, Free Trade Agreement, Intellectual Property.

Introducción

Colombia fue uno de los países fundadores de la Organización Mundial del Comercio, y ha ratificado el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (En adelante ADPIC). Asimismo, desde hace quince años el País viene negociando y suscribiendo una serie de acuerdos comerciales, con países industrializados, en los

Comparte



intelectual desde la perspectiva de la teoría económica de los derechos de propiedad." El proyecto es financiado por el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, dentro del programa de la Maestría en Derecho.

Sobre los autores:

1. Magíster en Derecho y Abogado de la Universidad de Antioquia. Profesor de Derecho Económico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.

cuales se incluyen estándares más elevados de protección a la propiedad intelectual en comparación al Acuerdo ADPIC; dichos acuerdos se conocen como ADPIC PLUS.

Lo anterior puede resultar problemático, porque, según [Stiglitz \(2008\)](#), el otorgar un monopolio sobre el conocimiento a algunas empresas genera, por lo menos, dos efectos para los países en vías de desarrollo:

Se impide el acceso a países en desarrollo a tecnología y productos necesarios para el bienestar y desarrollo;

Se excluye del mercado de conocimiento a otros potenciales productores, al otorgar el monopolio sobre éste a ciertas empresas.

Ahora bien, más allá del interesante debate de los intereses entre los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo en torno al tema de la propiedad intelectual, se debe solucionar algunas cuestiones previas, por ello el presente trabajo pretende abordar los siguientes aspectos:

¿Cómo explica la teoría económica la función de las normas de propiedad intelectual? ¿Realmente los derechos de propiedad intelectual son la mejor alternativa para fomentar el conocimiento y la investigación? ¿Por qué es posible afirmar que un país como Colombia al suscribir acuerdos de libre comercio con acápites de propiedad intelectual adquiere compromisos ADPIC PLUS?

Para abordar de manera adecuada la problemática planteada es importante analizar todos los tratados de libre comercio, con acápites de propiedad intelectual, suscritos por Colombia con países desarrollados, sin embargo el presente trabajo solo analiza el acuerdo comercial suscrito con los Estados Unidos, debido a que es producto de una investigación que no ha terminado. Sin embargo, el análisis del tratado mencionado puede constituir un buen punto de partida para construir el resto de la investigación y para ir identificado algunos elementos importantes sobre el tema.

Por lo anterior, además de la presente introducción, este trabajo se divide en tres partes y se presenta una conclusión final: en la primera, se aborda el surgimiento de la propiedad intelectual en el ámbito del derecho internacional; en la segunda, se abordan las posturas de la teoría económica en relación a la propiedad intelectual; en la tercera, se establecen unos criterios para definir que el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos tiene compromisos ADPIC PLUS; finalmente, se presentan las conclusiones.

¿Por qué propiedad intelectual en el ámbito internacional?

A comienzos del siglo XIX, en pleno auge de las ideas del "*laissez faire*", impulsadas por los economistas clásicos, existía el debate sobre la conveniencia de adoptar un sistema de propiedad intelectual a nivel internacional. Existían dos posturas: la primera que consideraba a la propiedad intelectual como un obstáculo al comercio internacional libre, conforme a la explicación clásica de la economía sobre las ventajas comparativas; la segunda, consideraba que era necesario un sistema de protección a la propiedad intelectual para fomentar la producción de conocimiento y así evitar el plagio, y de esta manera permitir que el creador tenga una recompensa por el esfuerzo realizado ([Sell y May, 2001](#)).

La última de las posturas mencionadas fue la ganadora de la contienda, ya que el Imperio Astro-Húngaro empezó a impulsar la creación de un sistema internacional

de protección a la propiedad intelectual a través de los congresos celebrados en 1873¹, 1878 y 1880, los cuales fueron la base para que en 1883 se celebrara el Convenio de París y luego el Convenio de Berna de 1886. Pero el Imperio Astro-Húngaro no estuvo solo en el proceso de establecer un sistema de protección a la propiedad intelectual a nivel internacional, ya que los Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Alemania jugaron un rol importante para su establecimiento, puesto que en estos países existían sectores privados organizados que presionaron a sus gobiernos a impulsar los Convenios de París y de Berna. De hecho, algunas empresas estadounidenses de la época, tal como Edison Company (fabricaba las bombillas de luz incandescentes) presionaron a su gobierno para que buscara un sistema fuerte de protección a la propiedad intelectual en la Convención de París (Ibídem).

Luego de las Convenciones de París y Berna, el mundo cuenta con un sistema de protección a la propiedad intelectual a nivel internacional, que posteriormente, con la creación de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) y junto con otros acuerdos complementarios constituyeron la base de protección del conocimiento y el fomento de la innovación entre finales del siglo XIX y finales del siglo XX. Pero si se tenía un sistema de protección a la propiedad intelectual a nivel internacional y una entidad que administraba su cumplimiento (la OMPI): ¿por qué se incluyó dentro de la Ronda de Uruguay, en el marco de la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) el establecimiento del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)?

¿Por qué el ADPIC?

Los Estados Unidos desde las negociaciones del Convenio de París han jugado un papel protagónico en el establecimiento de un sistema fuerte a nivel internacional de protección a la propiedad intelectual, sin embargo esto no ha sido así siempre: de hecho a comienzos del siglo XIX este país tenía una protección laxa a las invenciones tanto para sus nacionales, como para los extranjeros, lo cual se debe tener en consideración porque en esta época la mayor parte de su tecnología era importada de Gran Bretaña (Ibídem).

Sin embargo, a medida que los habitantes de Estados Unidos progresaban en materia de innovación presionaron a su gobierno por un establecimiento fuerte de derechos de protección a la propiedad intelectual, no solo a nivel nacional sino también internacional. Lo anterior, porque las personas y compañías querían obtener los beneficios propios de ser monopolistas al ser titulares exclusivos del conocimiento que han creado.

Asimismo, la propiedad intelectual durante el siglo XX empieza a tomar mayor importancia para países desarrollados como Estados Unidos, ya que se consideró que el comercio entre las naciones está sustentado en las ventajas competitivas, más que en las comparativas y por ende la protección a la creación del conocimiento se empieza a constituir en un aspecto clave para continuar en ventaja en el comercio internacional: ello se hace más evidente cuando a mediados de la década del setenta y comienzos de la del ochenta empiezan a surgir nuevas industrias basadas en la innovación, tales como los programas de computación y nuevas tecnologías, por lo cual surgen nuevas presiones políticas de sectores privados organizados para que se fomente un sistema más fuerte de protección de la propiedad intelectual a nivel internacional. Lo anterior, debido a que se consideraba que los acuerdos administra-

¹ Se debe recordar que en 1873 varios inventores, especialmente alemanes y estadounidenses, se negaron a asistir a la Exposición Internacional de Invencciones celebrada en Viena ese año por miedo a ser plagiados, ya que no existía un instrumento jurídico que protegiera sus invenciones de la copia.

dos por la OMPI eran ineficaces porque no contemplaba un sistema de solución de diferencias, además en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) no había un tratamiento claro respecto a la propiedad intelectual, sumado a la creciente falsificación de mercancías ([Pulecio, 1995](#)).

Conforme a lo anterior, los países desarrollados, presionados por sectores privados organizados al interior de sus territorios, buscaban un sistema de protección a la propiedad intelectual fuerte, lo cual se manifestó durante la etapa de negociación de la Ronda de Uruguay, la cual en 1994 terminaría con la creación de la OMC y la adopción del Acuerdo ADPIC. Sin embargo, los países en vías de desarrollo tenían otra visión diferente respecto a la propiedad intelectual; ya que buscaban un sistema laxo que permitiera la transferencia de tecnología desde los países desarrollados, incluso, en la década del setenta, buscaron el establecimiento de un "Nuevo Orden Económico Internacional", lo cual dejó sentada la tensión entre los países del norte y los del sur ([Rodríguez, 2011](#)).

A pesar de lo anterior, en el marco de la Ronda de Uruguay, los países en desarrollo aceptaron la inclusión del tema de propiedad intelectual dentro de las negociaciones, porque los Estados Unidos, la Comunidad Económica Europea (hoy la Unión Europea), Japón y el sudeste asiático tenían bloques de negociación fuertemente organizados, a diferencia de los países en vías de desarrollo, que en el ámbito de las negociaciones referidas, eran frágiles políticamente, además estaban fragmentados, lo que provocó que cedieran ([Pulecio, 1995](#)).

Según Rodríguez (2011), además de los factores mencionados, los países en desarrollo calcularon que el paquete completo de la OMC les permitiría compensar las pérdidas de incluir el tema de propiedad intelectual en el Tratado.

Si los países desarrollados lograron incluir el tema de propiedad intelectual en el marco de la Ronda de Uruguay, lo que llevó a la postre a la suscripción del Acuerdo ADPIC: ¿por qué éstos países suscriben tratados de libre comercio en los cuáles se incluyen acápite de protección a la propiedad intelectual que elevan los estándares de protección en comparación con el Acuerdo ADPIC?

¿Por qué los Acuerdos ADPIC PLUS?

Luego del Acuerdo ADPIC no hubo conformidad ni de los países desarrollados, ni los que están en vías de desarrollo. Según Oñate (2010): los primeros consideraban que el acuerdo es incompleto para aquellas industrias de uso intensivo de propiedad intelectual tales como las audiovisuales, las de software y de medicamentos, puesto que es muy flexible y otorga mucha autonomía a los países, aunado a la masificación del internet, a la creación de nuevas tecnologías y a las dificultades para patentar plantas; los segundos, consideraban que los criterios del acuerdo son muy estrictos y pueden llevar, incluso, a generar resultados sociales indeseables como la dificultad de acceso a medicamentos, además de problemas asociados al conocimiento tradicional y la patentabilidad de material orgánico.

Estas tensiones se vieron reflejadas en el marco de las negociaciones de la Ronda de Doha, la cuál a la postre no permitió conseguir grandes acuerdos en materia de propiedad intelectual a favor de ninguno de las dos clases de países, apenas los acuerdos conseguidos en Bali aprobados en diciembre de 2013.

Ante las tensiones referidas y al bloqueo de las negociaciones en el marco de la OMC, países como Estados Unidos, Canadá, Japón, la Unión Europea, entre otros, adoptaron la estrategia de suscribir acuerdos bilaterales de libre comercio con países en vías de desarrollo en los cuales se incluyen acápites de propiedad intelectual que elevan los estándares de protección ([Santa Cruz y Roffe, 2006](#)).

En América Latina, lo dicho ocurrió en el marco de una serie de cambios impulsados por organismos multilaterales con sede en la ciudad de Washington (Estados Unidos), tales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo², que buscaban brindar mayor estabilidad económica a los países de la Región, con fundamento en la libertad económica, facilitando la entrada de inversión extranjera, garantizando la estabilidad de los derechos de propiedad, incluida la propiedad intelectual, y la eliminación de barreras al comercio internacional ([Ruesga y Da Silva, 2005](#)).

En Colombia, lo anterior, sumado a las profundas transformaciones institucionales vividas por la Nación a comienzos de la década de los noventa, producto de la adopción de la Constitución Política de 1991, llevó a que el País empezará a suscribir una serie de tratados de libre comercio, en los que se incluyeron acápites sobre propiedad intelectual, los cuales buscaban aumentar sus niveles de protección ([Fuentes y Caviedes, 2011](#)).

Colombia ha suscrito varios tratados de libre comercio con países que se destacan por sus altos niveles de innovación, a los que les convienen los acuerdos ADPIC PLUS para proteger sus bienes inmateriales; por ejemplo, ha suscrito acuerdos con países que están entre los veinte primeros en el índice de innovación global de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) del año 2013, tales como Suiza³ (1° en el ranking), Estados Unidos (6°), Canadá (12°), Noruega (14°), Israel (15°), República de Corea (16°), Islandia (19°), y la Unión Europa⁴.

La propiedad intelectual desde la teoría económica de los derechos de propiedad

Hay quienes están a favor de la existencia de normas que consagren derechos de propiedad intelectual y otros que no. Las posturas a favor de los derechos de propiedad intelectual se pueden clasificar en dos grandes categorías: iusnaturalistas y utilitaristas. Por otro lado, quienes no están a favor de la existencia de derechos de propiedad intelectual han utilizado argumentos para rebatir tanto la postura iusnaturalista como la utilitarista. A continuación un recuento de esas posturas.

La postura iusnaturalista

Esta postura es del siglo XIX y autores como [Herbert Spencer \(1978\)](#) y [Lysander Spooner \(1971\)](#), sostenían que los derechos de propiedad intelectual son connaturales a las creaciones humanas, ya que quién invierte su tiempo, trabajo y talento debe obtener una retribución a cambio, la cual debe ser respetada por el ordenamiento jurídico. En esencia esta postura sostiene que los individuos son los dueños de su cuerpo y trabajo, por tanto también de sus frutos, y dichas creaciones serían esos frutos. Asimismo, las creaciones de la mente se ven materializadas en objetos tangibles y el creador al tener la propiedad sobre éstos, también debe tener la propiedad sobre dichas creaciones intelectuales.

² A estas recomendaciones se les conoce como el "Consenso de Washington".

³ El acuerdo con Suiza se dio en el marco del tratado suscrito entre Colombia y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA, por sus siglas en inglés), entre los que se encuentran, además del país helvético, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

⁴ Dentro de los países de la Unión Europea que se encuentran dentro de los veinte primeros en el ranking del Índice Global de Innovación se encuentran: Reino Unido, Suecia, Finlandia, Países Bajos, Dinamarca, Luxemburgo, Irlanda, Alemania, y Austria.

Ahora bien, [Kinsella \(2001\)](#) señala que las teorías iusnaturalistas no permiten entender algunas decisiones que son arbitrarias en materia de derechos de propiedad intelectual, tales como los tiempos de protección tanto de derechos de autor como de patentes, tampoco es claro por qué no son patentables los “descubrimientos” como las leyes de la naturaleza o formulas matemáticas, los cuales también tienen efectos concretos en la forma de comprender el mundo y enfrentarlo; según el autor en comento, es injusto y arbitrario recompensar a ingenieros y compositores, y no a filósofos, matemáticos y científicos teóricos.

Postura utilitarista

Esta es la postura que se puede identificar como “ortodoxa” en relación a los derechos de propiedad intelectual, ya que apoya ampliamente el establecimiento fuerte de los mismos. La postura utilitarista, de la mano de [Richard Posner \(2007\)](#), parte del supuesto que la función del ordenamiento jurídico es la maximización de la riqueza, concepto íntimamente relacionado con el de eficiencia, por tanto la función de las normas de propiedad intelectual es la maximización de la riqueza para la sociedad. Ahora bien, para comprender, desde el punto de vista teórico, la existencia de los derechos de propiedad intelectual se debe remontar a los textos: el “Problema del Costo Social” de Ronald Coase, publicado en 1960; y “Hacia una teoría de los derechos de propiedad” de Harold Demsetz, publicado en el año de 1967.

En el primero de los textos se sostiene que la mejor asignación posible de recursos dentro de la sociedad se puede lograr mediante negociaciones de las partes en el ámbito del mercado, siempre que los derechos de propiedad estén bien definidos y existan costos de transacción nulos o muy bajos. En el segundo de los textos se sostiene que la función de los derechos de propiedad es que los individuos, al momento de adoptar sus decisiones, internalicen tanto los beneficios como los efectos negativos de su actuación. En esa medida, los derechos de propiedad permiten internalizar las externalidades. Asimismo, se ha considerado que la creación de conocimiento genera externalidades positivas para la sociedad, para cuales no existen incentivos suficientes para su producción.

Lo anterior ha justificado que para la internalización de las externalidades positivas es necesario el establecimiento de derechos de propiedad intelectual, especialmente, en lo referente a derechos de autor y patentes, puesto que según [Posner \(2005\)](#), siguiendo a Plant (1934), los productores se ven atraídos a relocalizar sus recursos productivos en la investigación y desarrollo, al permitir el uso monopólico por un período determinado del conocimiento creado. De esta manera, según [Friedman \(1994\)](#), los recursos productivos de la sociedad son canalizados hacia la investigación y la creación de nuevo conocimiento.

Según [Posner \(2005\)](#) y [Friedman \(1994\)](#), la producción de conocimiento acarrea unos altos costos fijos, los cuales tienen que soportar sus productores, por lo cual, si es barato y fácil copiar las innovaciones, los productores originarios no tendrán incentivos a invertir en investigación y desarrollo, ya que existirán unos *free riders* que pueden vender a un menor costo, puesto que no tuvieron que asumir ninguna carga financiera durante el proceso investigativo. Por lo anterior, es importante otorgar derechos exclusivos de explotación a los productores de conocimiento para que ellos puedan recuperar sus costos fijos y verse incentivados a producir.

A pesar de lo anterior, [Posner \(2005\)](#) señala que el establecimiento de derechos de propiedad intelectual no es la única vía posible para conseguir que los productores de conocimiento sigan produciendo, puesto que también existe la alternativa de que el Estado pague a los productores, de esta manera la información obtenida se convertiría en dominio público y toda la sociedad podría acceder a ella. Sin embargo, el mismo Posner expone que esta alternativa podría generar unos costos mayores para la sociedad, puesto que existe asimetría de información para determinar cuál es la remuneración que el Estado deberá otorgar a los productores y además este proceso puede implicar la politización en la forma de entregar los recursos, lo cual puede generar ineficiencias mayores que un sistema organizado de derechos de propiedad intelectual.

Postura en contra de los derechos de propiedad intelectual

Aquellos que están en contra de los derechos de propiedad intelectual consideran que éstos imponen costos importantes para la sociedad, puesto que limitan las acciones de terceros, debido a que les impide desarrollar acciones de investigación sobre elementos protegidos, lo cual antes de incentivar la producción de conocimiento la puede retrasar. Además, establecen una serie de costos para la sociedad, no solo por los efectos de la subida de precios por el monopolio otorgado por los derechos de propiedad intelectual, sino por los costos de registro y cumplimiento de estos derechos ([Friedman, 1994](#)).

Asimismo, los derechos de propiedad intelectual se han interpretado como una especie de regulación económica, la cual, conforme a lo establecido por [Stigler \(1990\)](#), se origina por la demanda por la regulación de algunos agentes económicos en el mercado que tienen el poder suficiente de exigir del Estado una regulación que les permita obtener algunos privilegios que a través del mercado es difícil de conseguir; por ejemplo controlar la entrada de nuevos competidores al mercado otorgando derechos monopólicos a través de los derechos de propiedad intelectual.

De hecho, según [Sell y May \(2001\)](#), el origen de la propiedad intelectual en Gran Bretaña está relacionado con razones fiscales y de control a los textos publicados: en 1624 se expide por la Corona Británica el *Statute of Monopolies*, el cual estableció uno de los primeros sistemas de patentes de orden nacional, basado en las relaciones personales que se tuvieran con la Corona, ya que ésta a cambio de unas prerrogativas económicas, permitía la producción monopólica de ciertos objetos como gafas, libros de oración y biblias; por otro lado, en 1709 la Corona expide el *Statute of Anne*, creando uno de los primeros sistemas de derechos de autor del mundo, el cual se estableció como una forma de controlar lo que se imprimía en el Reino.

Por tanto, desde sus orígenes los derechos de propiedad intelectual han sido un instrumento que no necesariamente busca beneficios para toda la sociedad, sino que se estableció para fines particulares o del Estado, diferentes a la producción intelectual.

Además de lo anterior, [Kinsella \(2001\)](#) y [Palmer \(1989\)](#) sostienen que los derechos de propiedad nacen producto de la escasez natural y buscan evitar los conflictos entre los individuos, determinando las atribuciones que se tienen sobre los bienes tangibles, ya que éstos tienen un consumo rival; en cambio, el conocimiento no tiene un consumo rival. De hecho, estos autores sostienen que el efecto que logran los derechos de propiedad intelectual es establecer una escasez artificial, creada por el Estado, limitando, incluso, el uso de bienes tangibles de los individuos, reduciendo

sus posibilidades de producción y generando costos importantes para la sociedad al no poder acceder de manera libre al conocimiento creado.

Ahora bien, [Palmer \(1989\)](#) reconoce que en el ámbito de la producción de conocimiento es necesario buscar que los individuos internalicen los beneficios que puede generar su producción, pero el establecimiento de derechos de propiedad intelectual no es la única opción que existe y pueden existir otras alternativas que generen menos impactos negativos para la sociedad. Estas alternativas son:

Incentivos creados por el mercado: a pesar de que algunos objetos del conocimiento no están protegidos por la propiedad intelectual, o pesar de estarlo sus creadores no la utilizan, aún así siguen produciendo y obteniendo remuneración económica a cambio. Por ejemplo, los diseños de moda de ropa, los descubrimientos científicos y matemáticos, los trucos de magia, las interpretaciones de los artistas callejeros, etc. Asimismo, también es posible que los productores de conocimiento sigan produciendo a pesar de no tener un sistema fuerte de protección a la propiedad intelectual, porque el hecho de ser innovador genera el monopolio del conocimiento por un tiempo suficiente para recuperar los costos invertidos en la investigación y luego seguir teniendo utilidades.

Atando los productos del conocimiento a otros bienes: es posible incentivar la generación de productos del conocimiento atando éstos a otros bienes que tengan más definidas las características de rivalidad y exclusión; por ejemplo con los programas de radio y televisión, los cuales se pueden atar a la venta de avisos publicitarios.

Los contratos: son medios eficaces para que los individuos internalicen en sus decisiones respecto a los efectos positivos como negativos de las mismas. Por ejemplo, a principios del siglo XIX en Estados Unidos no se protegía los derechos de autor de los extranjeros, sin embargo, los autores británicos recibían remuneraciones por parte de los editores norteamericanos, a través de acuerdos contractuales, puesto que a ellos les interesaba tener de primera mano las obras que se producían en Gran Bretaña, de esta manera los autores se veían incentivados a enviar sus obras a Norteamérica para su publicación. Otro ejemplo importante es la Coca-Cola, la cual es susceptible de ser patentada, sin embargo no lo está porque a través de pactos de confidencialidad han podido mantener el secreto y seguir obteniendo altas utilidades a partir de ello.

Compromisos ADPIC PLUS de Colombia

(Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América)

Es importante desarrollar toda la investigación de los acuerdos comerciales suscritos por Colombia en los cuales existen acápite de propiedad intelectual, sin embargo el Acuerdo comercial suscrito con Estados Unidos es una buena muestra de los tipos de compromisos ADPIC PLUS que puede asumir el País en virtud de este tipo de acuerdos, teniendo en consideración que esta nación han liderado todo el proceso de establecer derechos de propiedad intelectual en el mundo, además es el país líder respecto a la suscripción de acuerdos con acápite ADPIC PLUS ([Santa Cruz y Roffe, 2006](#)).

Tanto Colombia como Estados Unidos son miembros de la OMC y así mismo están vinculados por el Acuerdo ADPIC, entonces conforme al artículo 1,1. de esta norma,

los compromisos que ambos países establezcan en materia de propiedad intelectual solo pueden fijar estándares superiores, es decir solo es posible que suscriban acuerdos ADPIC PLUS.

Ambos países suscribieron un Tratado de Libre Comercio (TLC) el cual contiene un acápite sobre propiedad intelectual. El tratado fue incorporado a la legislación interna de Colombia mediante la Ley 1143 de 2007 y su protocolo modificatorio mediante la Ley 1166 del mismo año, declarados exequibles por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-750 de 2008.

Existen varios trabajos ([Uranga, López y Araujo, 2008](#)) o ([Fuentes y Caviedes, 2011](#)) entre otros, que afirman que los Estados Unidos ha suscrito Acuerdos ADPIC PLUS con sus socios comerciales, entre ellos Colombia. Sin embargo, ¿cuáles son los criterios para determinar que un acuerdo comercial contiene compromisos ADPIC PLUS? Luego de analizar tanto el Acuerdo ADPIC y el acápite sobre propiedad intelectual en el TLC entre Estados Unidos y Colombia es claro que éste último elevó los parámetros de protección a la propiedad intelectual a través de los siguientes elementos: 1) se obligan las partes a suscribir una serie de acuerdos internacionales en materia de protección a la propiedad intelectual; 2) respecto a algunas materias se elevó el término de protección; 3) se aumentó el ámbito de aplicación de algunas materias de propiedad intelectual; 4) se estableció el compromiso para las partes de establecer una serie de sanciones penales e indemnizaciones por la infracción a las normas de propiedad intelectual; 5) respecto a algunas materias se exigió el cumplimiento de algunas características del registro de la propiedad intelectual.

Ahora bien, debe resaltarse que respecto al tema del conocimiento tradicional en el TLC entre Estados Unidos y Colombia no se estableció nada sobre el particular, quedado un espacio vacío sobre la materia. Por otro lado, en materia de indicaciones geográficas se mantiene la estructura del Acuerdo ADPIC y no es posible afirmar que Colombia haya adquirido compromisos ADPIC PLUS. Asimismo, las modificaciones más importantes en materia de propiedad intelectual generadas por el TLC están relacionadas con las marcas y con los derechos de autor y derechos conexos, y por supuesto existe una razón económica importante que lo explica, la cual se expone en líneas siguientes.

A continuación, con base en los elementos identificados, se expone cómo respecto a los diseños y dibujos industriales, a las patentes, a las marcas, a los derechos de autor y a los derechos conexos Colombia adquirió, mediante el TLC con Estados Unidos, compromisos ADPIC PLUS.

Diseños y dibujos industriales

En esta materia, conforme a los elementos identificados para determinar la existencia de compromisos ADPIC PLUS, solo es posible afirmar que Colombia adquirió la obligación de suscribir un compromiso internacional: este fue el "Arreglo de la Haya sobre el Depósito Internacional de Dibujos y Modelos Industriales (1999), según lo dispuesto por el Artículo 16,1,4 del Acuerdo.

Patentes

Antes y durante las negociaciones del TLC con Estados Unidos una de las preocupaciones más importantes, por parte de diferentes sectores de la sociedad colombiana, era el tema de las patentes y sus implicaciones en materia de salud pública, en especial el acceso a medicamentos ([Uranga, López, et. al, 2008](#)). Sin embargo, luego

de suscrito el Acuerdo es posible afirmar que en esencia el sistema de patentes colombiano no ha cambiado, a pesar que si se adquirieron una serie de compromisos ADPIC PLUS:

Compromisos de suscripción de acuerdos internacionales

Conforme al Artículo 16,1 del Acuerdo Colombia se comprometió a suscribir los siguientes acuerdos internacionales en materia de patentes:

El Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos para los Fines del Procedimiento en Materia de Patentes (1977), enmendado en 1980; El Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (1970), y enmendado en 1977; El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (Convenio UPOV) (1991).

El Tratado sobre el Derecho de Patentes (2000)

Respecto a algunas materias se elevó el término de protección

Conforme al artículo 16.10 del Tratado, en materia de datos de prueba se otorgará una protección por el término de 5 años para productos farmacéuticos y de 10 años para productos agrícolas para la explotación comercial exclusiva de los mismos, cuando los países suscriptores del Tratado exijan como requisito de comercialización revelar datos de prueba u otros no divulgados de nuevas entidades químicas que contengan esos productos. Lo anterior a diferencia del Acuerdo ADPIC el cual establece en materia de datos de prueba que los países miembros protegerán los mismos contra todo uso desleal, pero no se determina el término de protección como en el tratado entre Colombia y Estados Unidos.

Ámbito de Protección

Conforme al artículo 16,9,2 del TLC, Colombia se compromete a realizar todos los esfuerzos razonables para patentar plantas. Adicionalmente, se compromete a mantener cualquier protección a la patentabilidad de plantas y animales que se establezca con posterioridad del la suscripción del Acuerdo. Lo anterior, contrasta con el Artículo 27, 3, b, del Acuerdo ADPIC, el cual permite a los países excluir de la patentabilidad a las plantas y a los animales.

Exigencias en materia de Registro

Mediante el TLC se busca que el registro de las patentes y el otorgamiento de las licencias de comercialización sean ágiles, por ello el Artículo 16,9,6 estableció la posibilidad a los titulares de una patente a ser compensados económicamente, o con la extensión de la patente, por retrasos injustificados en su otorgamiento.

Marcas

Desde el punto de vista teórico, respecto a las marcas comerciales no existe el mismo grado de debate que en materia de derechos de autor y patentes, porque, según Kinsella (2001), éstas benefician primordialmente a los consumidores al reducir la asimetría de información respecto a las características de los bienes y servicios en el mercado. Por lo anterior, para que los consumidores tomen decisiones con mayor grado de información es importante la protección de las marcas.

Las marcas comerciales son uno de los temas en los que el TLC con Estados Unidos ha generado mayor nivel de protección como se muestra a continuación:

Compromisos de suscripción de acuerdos internacionales

Conforme al Artículo 16,1 del Acuerdo, Colombia debe suscribir los siguientes tratados internacionales en materia de marcas:

El Tratado sobre Derecho de Marcas (1994);

El Protocolo de Arreglo de Madrid Relativo al Registro Internacional de Marcas (1989)

Tiempo de protección

El artículo 18 del Acuerdo ADPIC estableció un término de protección inicial y de cada renovación de las marcas por siete años. Sin embargo, el TLC, en el artículo 16,2,11, elevó el término de protección inicial y de las renovaciones de las marcas comerciales a 10 años.

Ámbito de protección

El TLC elevó también el ámbito de protección de las marcas por dos razones:

En el artículo 16,2,1 del TLC se estableció que las partes contratantes no pueden denegar el registro de las marcas que no sean visibles, por lo cual los olores o los sonidos pueden ser marcas, a diferencia de lo establecido en el artículo 15,1 del Acuerdo ADPIC, el cual da la posibilidad a los países suscriptores de este acuerdo de denegar el registro de aquellas marcas que no sean visibles;

El artículo 16,4 del TLC estableció que para abordar el problema de piratería cibernética de marcas, las partes se comprometieron a requerir al administrador de dominio del país superior ("*country-code top-level domain*" o ccTLD) para que disponga de procedimientos apropiados para la resolución de controversias. Adicionalmente, las partes deben requerir a su ccTLD para que suministre información clara y confiable de las personas que registran nombres de dominio.

 Sanciones penales e indemnizaciones por infracción a las normas de propiedad intelectual

En el TLC, en el artículo 16,11,7, se estableció el deber establecer unas indemnizaciones a favor de los titulares de marcas, en caso de infracción a las normas sobre la materia, a cargo del infractor. Asimismo, en el artículo 16,11,8 se acordó que las partes establecerán o mantendrán indemnizaciones preestablecidas con el fin de resarcir los perjuicios del titular del derecho afectado y disuadir futuras conductas que infrinjan normas sobre propiedad intelectual. El mismo artículo aclara que el titular podrá escoger entre la indemnización preestablecida o una alternativa, basada en daños reales.

En los artículos 16, 11, 26 y 16,11,27 se estableció el deber para las partes de crear tipos penales con pena privativa de la libertad y el pago de multas por actos dolosos de falsificación de marcas. Incluso el artículo 16, 11, 28, determinó que, a pesar de no existir falsificación dolosa de marcas, en aquellos casos en los cuales exista tráfico consiente de etiquetas o empaques falsificados que van a ser adheridos a un fonograma, a una copia de un programa de computación, o una copia de una obra audiovisual, se deben aplicar tipos y procedimientos penales para combatir estas prácticas.

Exigencias en materia de Registro

En el TLC, en los artículos 16,2,8 y 16,2,9, se estableció el deber de las partes de contar con un registro electrónico de marcas, así como una base de datos confiable en la que se pueda consultar las solicitudes y los registros. Adicionalmente, las normas

referidas establecieron algunos detalles del procedimiento de registro que buscan crear mayor transparencia y eficiencia.

Derechos de autor y Derechos Conexos

En 1989 Tom Palmer en su texto "*Intellectual Property: A non Posnerian Law and Economics Approach*" expone la posibilidad de que los productores de conocimiento internalicen las externalidades positivas a través de barreras de acceso a los *free riders*, por medio de medidas tecnológicas, y de esta manera evitar establecer derechos de propiedad intelectual. Sin embargo el tiempo no le ha dado la razón porque a medida que la sociedad ha avanzado tecnológicamente se ha minimizado los esfuerzos y los costos de copia de obras protegidas, especialmente en lo referente a software, obras literarias y música. De hecho, tanto [Friedman \(1994\)](#) como [Posner \(2005\)](#) han explicado que este hecho ha generado una proliferación de las normas que protegen los derechos de autor y los derechos conexos. Así se puede explicar que en 1998, Estados Unidos, luego de implementar dos tratados de la OMPI, expidiera el *Digital Millenium Copyright Act*, mediante el cual se elevan los estándares de protección a los derechos de autor y derechos conexos.

Dentro del acuerdo final del TLC con Colombia, Estados Unidos impulsó una mayor protección a los derechos de autor y derechos conexos, para buscar que en Colombia las obras de sus nacionales tuvieran una protección similar a la recibida en su País. Lo anterior, generó que los cambios más importantes en materia de propiedad intelectual en el TLC se vieran reflejados en el acápite de derechos de autor y derechos conexos, en el cual Colombia se comprometió a modificar su legislación interna para adaptarla al acuerdo suscrito. De hecho, en el año 2012 Colombia expidió la Ley 1520 para cumplir con algunos compromisos adquiridos en materia de derechos de autor y derechos conexos, pero luego la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-011 del año 2013, declaró la inconstitucionalidad de la norma referida por vicios en el procedimiento del trámite legislativo. Sin embargo los compromisos siguen vigentes.

A continuación se examinan cada uno de los parámetros identificados para establecer que Colombia adquirió compromisos ADPIC PLUS en materia de derechos de autor y derechos conexos:

Compromisos de suscripción de acuerdos internacionales

Conforme al Artículo 16,1 del TLC, Colombia debe suscribir los siguientes acuerdos internacionales en materia de derechos de autor y derechos conexos:

El Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite (1974).

El Tratado OMPI sobre Derechos de Autor (1996).

El Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (1996).

Tiempo de protección

El artículo 12 del Acuerdo ADPIC estableció que el término de protección de una obra, que se calcule con una base diferente a la vida del autor, no puede ser inferior a 50 años. Asimismo, conforme al artículo 14,5 del mismo acuerdo, los intérpretes y ejecutantes de una obra tendrán un término de protección, también, de 50 años.

El TLC aumentó el término de protección a la vida del autor más 70 años, tanto para autores como para intérpretes y ejecutantes en virtud de los artículos 16,5,5 y

16,6,7, cuando se trate de personas naturales. Cuando el titular del derecho sea una persona diferente a una natural se protegen los derechos de autor, de intérpretes y ejecutantes por un plazo no inferior a 70 años.

Ámbito de protección

El TLC elevó, también, el ámbito de protección de los derechos de autor y derechos conexos por lo siguiente:

El artículo 16,5,2 del TLC determinó que a los autores se les debe otorgar la posibilidad de autorizar o prohibir la reproducción permanente o temporal de sus obras, incluyendo el almacenamiento temporal de forma electrónica.

Sanciones penales e indemnizaciones por infracción a las normas de propiedad intelectual

Las consideraciones realizadas respecto a las marcas en materia de indemnizaciones y sanciones penales son igualmente aplicables a las infracciones a los derechos de autor y derechos conexos. Sin embargo, también se contemplaron otro tipo de recursos penales y civiles:

Conforme al Artículo 16,7,5 del TLC se deben establecer recursos civiles y penales en caso de que se realice alguna infracción a los derechos de autor y derechos conexos en ocasión a la alteración o manipulación en los sistemas de gestión de derechos de autor.

Conforme al Artículo 16,7,4 del TLC se establecen recursos civiles y penales en caso de la utilización de medidas de elusión tecnológica que vaya en contra de los derechos de autor y de los derechos de ejecutantes e intérpretes.

Conforme al Artículo 16,8,1 del TLC las partes se comprometen a tipificar penalmente una serie de conductas que van en detrimento de los derechos de los titulares de señales portadoras de programas transmitidas por satélite.

Conclusión

No existe claridad de que establecer derechos de propiedad intelectual sea el mejor mecanismo para incentivar la generación de conocimiento. Incluso, desde sus orígenes la propiedad intelectual ha sido un instrumento al servicio de algunos grupos dentro de la sociedad o favor del Estado mismo, pero con fines diferentes a incentivar la producción de conocimiento.

Desde la teoría existen serios cuestionamientos para determinar que los derechos de propiedad intelectual son el mejor medio para fomentar la producción de conocimiento, ya que generan una serie de barreras para que la sociedad acceda a la información y pueden existir otros caminos para incentivar la investigación y la producción de conocimiento que impliquen un menor detrimento en el bienestar de la sociedad.

A pesar de lo anterior, Colombia, desde hace algún tiempo, ha firmado algunos acuerdos comerciales que incluyen acápite de propiedad intelectual que elevan los estándares de protección en comparación del Acuerdo ADPIC. Dentro de los acuerdos firmados se destaca el TLC con Estados Unidos el cual tiene algunas normas ADPIC PLUS entre las que se destacan las relativas a los derechos de autor y derechos conexos, así como las referidas a las marcas comerciales.

Luego de examinar algunos criterios que permitieron determinar que el TLC entre Colombia y Estados Unidos tienen normas ADPIC PLUS es necesario evaluar si en efecto estas normas han fomentado la generación de conocimiento, conforme a los datos disponibles, y evaluar así la conveniencia de mantener este tipo de acuerdos y de suscribir otros en el futuro.

Referencias

- Caviedes, C. y Fuentes, H. (2011). Acuerdos de propiedad intelectual: ¿nos acercan al desarrollo? En: *Apuntes del CENES* No. 51, Vol. 30. 141-164. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/286631>
- Coase, R. (1960). The problem of social cost. En: *Journal of law and economics*, p. 1-44. <http://www.journals.uchicago.edu/toc/jle/current>
- Demsetz, H. (1967). Towards a theory of property rights. En: *The American Review*, Vol. 57, No. 2, 347- 359.
- Friedman, D. (1994). Standards as intellectual property: an economic approach. En: *University of Daytona Law Review*, Vol. 19, No. 3. 1109-1129
- Kinsella, S. (2001). *Contra la propiedad intelectual*. Alabama: Ludwig von Mises Institute. <http://ronpaulspanish.com/wp-content/uploads/2012/05/ContraPropiedadIntelectual-Kinsella.pdf>
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (2014). The Global Innovation Index 2013 The Human Factor. Recuperado en <https://www.globalinnovationindex.org/userfiles/file/reportpdf/gii-2014-v5.pdf>,
- Oñate, T. (2010). Los países en desarrollo, la Ronda de Doha y el acuerdo sobre los ADPIC. En: *Opinión Jurídica*, Vol. 9, No. 18, 129-142. <http://repository.udem.edu.co/handle/11407/2011>
- Palmer, T. (1989). Intellectual property: a non-posnerian law and economics approach. En: *Hamline Law Review*, vol. 12, No. 2. 260-304.
- Posner, R. (2005). Intellectual property: law and economics approach. En: *Journal of economics perspectives* Vol. 19, No. 2, 57-73. <https://www.aeaweb.org/issues/13>
- Posner, R. (2007). *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. <https://www.casadellibro.com/libro-el-analisis-economico-del-derecho/9789681685720/1239656>
- Pulecio, J. (1995). *Del GATT a la OMC. Los cambios en el orden económico internacional. En: Colombia ante la Organización del Comercio*. Ministerio de Comercio Exterior. Fundación Friedrich Ebert de Colombia, Bogotá. http://www.mincit.gov.co/min-comercioexterior/publicaciones/15660/organizacion_mundial_de_comercio
- Rodríguez, N. (2011). El acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) y las normas ADPIC plus. En: *Revista de derecho escuela de postgrado*, No.1, 77-109. <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDEP>

- Ruesga B. y Da Silva, J. (2005). *Modelos de Desarrollo Económico en América Latina: desequilibrio externo y concentración de riqueza*. España: Marcial Pons. <https://www.casadellibro.com/libro-modelos-de-desarrollo-economico-en-america-latina-desequilibrio-externo-y-concentracion-de-riqueza/9788497682725/1062787>
- Santa Cruz, M. y Roffe, P. (2006). *Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados*. Santiago de Chile: Naciones Unidas. <http://www.cepal.org/es/publicaciones/4416>
- Sell, S & May, C. (2001). Moments in law: contestation and settlement in the history of intellectual property. En: *Review of international political economy*, Vol. 8, No. 3, 467-500. <http://www.tandfonline.com/toc/rrip20>
- Spencer, H. (1978). *The Principles of Ethics*. Indianapolis: Liberty Press. <https://archive.org/details/principlesethic07spengooq>
- Spooner L. (1971). *The Law of Intellectual Property: or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in Their Ideas*. Weston: M&S Press. <http://oll.libertyfund.org/titles/spooner>
- Stigler, G. (1990). La teoría económica de la regulación. En: *Revista Económica Pública, Social y Cooperativa*, No. extraordinario. 81-115. <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>
- Stiglitz J. (2008). The economist foundation of intellectual property. En: *Duke law journal*, 57 (6), 1693- 1724 <http://dlj.law.duke.edu>
- Uranga, M., López M. y Araujo A. (2008) Los ADPIC Plus en los actuales tratados bilaterales impulsados por Estados Unidos y sus consecuencias en los países en desarrollo. En: *Revista de Economía Mundial*, No. 20, 23-48 <http://www.redalyc.org/pdf/866/86613723002.pdf>