

Desarrollo del Derecho de la Propiedad Industrial en el Perú: Realidad actual y perspectivas futuras

Baldo Kresalja R.*

Sumario: I. Una posición crítica a la reciente conducta del Estado. II. Propiedad Industrial: premisas sobre las que se sustenta y valor económico. III. La nueva arquitectura jurídica internacional de la Propiedad Industrial. IV. Los acuerdos ADPIC-plus. V. La evolución en el Perú: a nivel constitucional, legal y regional. VI. Las tareas del futuro. VII. Desarrollo: el papel de la ciencia y la tecnología. VIII. La libertad como conquista histórica.

I. UNA POSICIÓN CRÍTICA A LA RECIENTE CONDUCTA DEL ESTADO

Antes de iniciar un recorrido sobre la realidad actual y las perspectivas futuras de la Propiedad Industrial en el Perú, que es el tema sobre el que se me ha pedido dar esta charla, creo pertinente advertir que haré una breve referencia a las premisas que la sustentan y a su arquitectura jurídica internacional, para después hacer un recuento histórico esquemático, porque creo que ello nos ayudará a comprender y a entender el significado de la legislación vigente y cuáles son las tareas futuras a emprender.

Y deseo también adelantar que he tenido una posición crítica a lo que ha sido la conducta del Estado peruano al momento de negociar el reciente Acuerdo de Libre Comercio con los EE.UU. y que ha dado lugar a los últimos cambios legislativos en lo que a Propiedad Industrial y Derecho de Autor se refiere¹. No es, debo aclararlo, una posición conservadora que resguarda, cuida o busca mantener las antiguas costumbres y los métodos autoritarios para planear y concretar la normativa en la materia que nos ocupa, pues en términos generales nuestra conducta histórica no ha sido especialmente virtuosa o conectada con las necesidades de nuestra actividad productiva y comercial, que desde siempre ha estado apoyada en una economía rentista exportadora de materias primas. Mi oposición se sustenta en que creo que debemos innovar y cambiar lo que antes hemos hecho y seguir en

* Discurso pronunciado en el Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú el 29.10.2009, con motivo del Congreso Internacional de Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial organizado por su Facultad de Derecho con motivo del 90avo. aniversario de su fundación.

¹ La que he puesto de manifiesto en mi artículo “Deleite en la sumisión”, publicado en la edición peruana del diario *Le Monde*, Lima, 2009. Nota del Editor: Este artículo puede verse también en el presente número.

lo posible el ejemplo de algunos países que han superado el subdesarrollo, lo que, repito, no se ha tenido en cuenta al negociar el referido Acuerdo.

No estoy promoviendo volver a un pasado anárquico sin normas ni leyes en el ámbito de la Propiedad Industrial. Se trata más bien de volver a plantearnos qué es lo que motivó su existencia, a recordar el necesario equilibrio entre los intereses públicos o generales y los privados, en el contexto de un país pobre ubicado en los extramuros del capitalismo, esto es, ejemplo vivo —en lo social, político, cultural, económico y por cierto también en lo jurídico— de un capitalismo criollo dependiente y periférico.

Hay que recordar qué es liberación y qué es progreso, y revalorizar en nuestro país el papel de la ciencia y de la tecnología. Es necesario combatir la publicidad estupidizante de un modelo de sociedad de consumo a la que nunca podremos aspirar, dándole su verdadero lugar y su real importancia a la inteligencia, al saber ilustrado y a la meritocracia democrática. Es necesario para ello saber dónde estamos, qué somos hoy y a qué podemos aspirar, conocer el tiempo que vivimos, no los paraísos artificiales exportados por las industrias culturales dominantes. Es necesario reafirmar nuestro compromiso con la sociedad andina en la cual vivimos. Y, por lo tanto, ver cuáles son las normas sobre Propiedad Industrial que nos son adecuadas para edificar nuestro propio Estado del Bienestar. Lo que sé, y tengo en ello comprometida mi inteligencia, es que no lo son las que hoy nos imponen sin capacidad de reacción los organismos internacionales y los convenios bilaterales de comercio celebrados con países o regiones poderosas.

II. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PREMISAS SOBRE LAS QUE SE SUSTENTA Y ACTUAL VALOR ECONÓMICO

2.1. Precisemos que cuando hablamos de Propiedad Industrial estamos hablando de una protección jurídica característica de las sociedades modernas: de la protección de ideas vinculadas a la técnica, a la industria y al comercio².

Debe tenerse presente que las normas de la Propiedad Industrial son uno de los medios más relevantes en manos del empresario en su lucha en el mercado, lo que supone también un mecanismo de protección de la propia empresa dentro del sistema de competencia imperfecta. En efecto, los derechos de Propiedad Industrial constituyen medios que el empresario utiliza para penetrar los mercados y consolidar su clientela, o para proteger los resultados tecnológicos de su investigación. Estos factores han provocado que el derecho de la Propiedad Industrial constituya uno de los sectores jurídicos con más clara vocación de tratamiento unitario a nivel internacional³.

² Las ideas que se protegen con combinaciones ideales de realidades sensibles, entidades objetivas independientes de su creador, y dotadas de valores técnicos, industriales o mercantiles que pueden ser gozados por todos. Poseen una peculiaridad muy importante, que es su aptitud para ser multiplicadas, idénticas a sí mismas, en nuevas realidades materiales cada vez que se procede a combinar unos determinados elementos sensibles, del modo que prescribe la concepción creadora. Y además de todo ello, para obtener protección deben cumplir con los requisitos que cada legislación exige para que pueda considerarse incluida en la lista cerrada de obras, creaciones técnicas o signos de identificación que se protegen (principio de tipicidad). Baylos, H. *Tratado de Derecho Industrial*. Ed. Civitas, Madrid, 1978, p. 44.

³ Casado Cerviño, A. y Cerro Prada, B. "GATT y Propiedad Industrial", Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 14.

La finalidad de la legislación en materia de patentes de invención explica su función promotora del progreso. La protección al inventor o a la empresa que investiga es una exigencia social, pues es la vía para que haga público lo que ha inventado. Es una pieza esencial del progreso técnico. En cuanto a la función de los signos distintivos, son esenciales en una economía de mercado, actúan al servicio de la producción en masa, son indispensables en la publicidad y pueden llegar a ser un símbolo de crédito ante la clientela. La identificación de la empresa o del conglomerado empresarial es un elemento coadyuvante que rige el sistema en virtud del cual el consumidor puede elegir el producto o servicio de su preferencia. Y detrás de todo ello, y no creo que haya que repetirlo para apreciarlo, existe un inmenso y dinámico poder económico.

2.2. En el año 1967, en el número 105-106 de la Revista de Derecho Mercantil de Madrid, Alberto Bercovitz publica su artículo “*Algunas nociones preliminares para el estudio del Derecho de Patentes*” que posteriormente fuera parcialmente incluido en el Capítulo I, Introducción, de su tesis doctoral “*Los requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho alemán*”, publicada en Madrid en 1969 y que fuera calificada con la nota sobresaliente *cum laude* por el Tribunal correspondiente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Hago mención a ello, aquí en compañía de su ilustre autor, porque ese artículo —como lo he referido tantas veces— significó para mí un verdadero hallazgo cuando buscaba sin éxito un texto introductorio para los *materiales de enseñanza* en el curso de Derecho Industrial que dictara en esta Facultad en 1970, por primera vez en el Perú. En esos materiales o selección de textos hice uso de parte del artículo y lo divulgué. Afirmo que no ha existido hasta ahora entre nosotros lectura introductoria de mayor influencia en materia de Derecho de Patentes que el citado artículo de Bercovitz.

Y su contenido sobre los “*Principios esenciales que informan el Derecho de Patentes*” siguen teniendo, a pesar del tiempo transcurrido y el extraordinario desarrollo tecnológico de las últimas décadas, plena vigencia. Esos principios son: 1) promoción del aumento de conocimientos técnicos patentables de la comunidad; 2) conservación y publicidad de los mismos; y, 3) estímulo para su puesta en explotación. Es mi opinión que entre nosotros no han sido tenidos siempre en cuenta al momento de formular y adoptar la legislación específica, cuyos cambios han sido numerosos durante los últimos años, pues ello implicaría haber realizado antes reformas educativas profundas, aliento y protección a la producción nacional con valor agregado, y diseño *ad-hoc* del organismo encargado de la concesión y administración de las patentes de invención, lo que no ha ocurrido. Ha habido y hay un reconocimiento retórico a la importancia de esos principios, pero una muy débil y hasta inexistente voluntad de crear las condiciones materiales y humanas que permitan su pleno uso, más aún cuando la corriente neoliberal introducida durante el gobierno del delincuente Fujimori nos ha hecho retroceder a ser un país básicamente exportador de materias primas.

2.3. En lo que se refiere al reconocimiento de la protección e importancia comercial de los signos distintivos la suerte ha sido otra. Puede decirse, en palabras de Fernández Novoa, que se ha comprendido bien que la marca en sentido propio es la unión entre el signo y el producto o servicio en cuanto que tal unión es aprehendida por los consumidores. Y también que estos últimos son los protagonistas que desempeñan un destacado papel en

el proceso de formación de la marca. Lo propio ha ocurrido en el reconocimiento de sus funciones: sea como signo distintivo, indicador de procedencia, condensador del “goodwill” empresarial y relevancia publicitaria. A ello ha contribuido la buena administración estatal en el registro y protección de estos signos que comenzó en el ITINTEC y continuó en el INDECOPI.

Las críticas tradicionales al sistema marcario por la concentración de poder de mercado en empresas, especialmente transnacionales; el desvío hacia productos superfluos o que no usan recursos locales; su influencia en los gustos y el aumento de la propensión al consumo; desperdicio económico en muchas actividades publicitarias, y algunas otras, no han tenido mayor eco y hoy han sido prácticamente olvidadas, aunque algo queda de ello cuando se trata de marcas vinculadas a la industria farmacéutica o a los contratos de licencia de marcas extranjeras. Más bien, se ha extendido la apreciación de que los signos marcarios cumplen una función importante para el adecuado funcionamiento del mercado, y que es necesario respetar su notoriedad cuando la tienen, como paso previo para que los empresarios locales puedan, a su vez, crear marcas de exportación. Muchos de estos debates se han trasladado al campo de las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen, pero este es un territorio al cual no ingresaré.

2.4. La aceleración de la globalización se ha debido en buena medida al progreso técnico que ha facilitado la producción de nuevos productos y servicios, siendo la contribución de tecnologías de punta de gran impacto en el rendimiento económico de los países desarrollados. El comercio internacional más dinámico ha sido y es el de los productos intensos en contenido tecnológico, lo que no es una característica del Perú y de América Latina en general, pues la mayor parte de su comercio internacional está dominada por materias primas. El comercio de alta tecnología es difícil de imitar y es menos dependiente de la Propiedad Industrial comparativamente con aquellos sectores de tecnologías intermedias o maduras. En este sentido, existe un vínculo positivo entre comercio y producción, sobre todo respecto de tecnologías de fácil imitación y hacia mercados con capacidad de imitar. Esta circunstancia es de especial relieve para el Perú y para América Latina y debe tenerse en cuenta al momento de formular una política legislativa en la materia.

III. LA NUEVA ARQUITECTURA JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

3.1. Para comprender a cabalidad nuestra legislación vigente, veamos brevemente cuál es la actual arquitectura jurídica internacional de la Propiedad Industrial⁴. Durante los últimos años los derechos intelectuales han ocupado un lugar preponderante en la agenda económica internacional, convirtiéndose en un tema conflictivo tanto en las relaciones comerciales como al interior de los países. Es cierto que siempre han existido tensiones, sobre todo en lo que se refiere al grado de protección, pero ahora ello se ha intensificado

⁴ Vid. Roffe, Pedro. *América Latina y la nueva arquitectura internacional de la Propiedad Industrial*. Facultad de Derecho U.B.A., Buenos Aires, 2007; Drahos, Peter. “The universality of Intellectual Property rights: origins and development”. En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N° 5, Lima, 2009.

porque han surgido nuevos actores y nuevas interrogantes, tales como los derechos de consumidores y usuarios y los problemas relacionados al medio ambiente. Y esa tensión se hace más evidente cuando el debate se eleva a la formulación de políticas a nivel internacional, sobre todo entre países de diferente grado de desarrollo y, en consecuencia, con distintos aportes en el ámbito de la Propiedad Industrial. Y con frecuencia se aprecia en esas discusiones una carga ideológica fuerte y polarizada, entre los maximalistas o defensores a ultranza de los derechos clásicos demandando una mayor protección y, de otro lado, aquéllos que enfatizan la necesidad de preservar el dominio público y asegurar un libre acceso y distribución del conocimiento.

Es importante recordar que los derechos intelectuales cubren categorías de intangibles o de derechos que tienen un valor económico apreciable, lo que trae costos y beneficios individuales y sociales. Reconocer también que existe un importante crecimiento en solicitudes sobre diferentes categorías de derechos pero con una clara concentración en un grupo reducido de países industrializados. En el caso de América Latina, por ejemplo, las solicitudes y concesiones de patentes se concentran en muy alta proporción en manos de no residentes. Pues bien, esa situación pone de manifiesto que a la fecha son dos las características centrales en el ámbito de la Propiedad Industrial: en primer término, el fortalecimiento de los derechos y, en segundo lugar, la homogenización legislativa consecuencia del fenómeno de la globalización. En este sentido, superando el contenido de los famosos Convenios de París y Berna, el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) se ha constituido en un hito en la historia de los derechos intelectuales al consolidar universalmente estándares mínimos de protección, exigiendo una más directa observancia de los derechos mediante el sistema multilateral.

En nuestros días son comunes los acuerdos regionales y la vigencia de normas de aplicación mundial, así como su estrecha relación con temas tales como la competencia económica y la protección de los consumidores. Oficinas y tribunales supranacionales en la materia son moneda corriente. El Perú inició a través del Acuerdo de Cartagena, con otros países, hace ya casi medio siglo, un camino dirigido hacia la integración pero, a contramano de lo que sucede en otras partes del mundo, la ruta no tiene la pendiente positiva de otras épocas. Los convenios bilaterales de comercio promovidos principalmente por los EE.UU. son un obstáculo en esa ruta, obstáculo difícil de superar por el momento.

3.2. El ADPIC constituye hoy, sin duda alguna, la piedra angular del régimen de los bienes inmateriales, el mismo que fue adoptado por el Perú mediante Ley N° 26407 del 18 de diciembre de 1994. Tal como señala José Gómez Segade, “*con independencia de cuáles sean los resultados concretos que en el futuro se deriven de la aplicación del ADPIC, es innegable que dicho Acuerdo representa el intento más ambicioso de regular y proteger adecuadamente los distintos bienes inmateriales en todo el mundo*”⁵. Desde el momento en que la revolución tecnológica y la creciente globalización de la economía

⁵ Gómez Segade, J.A. “El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la Propiedad Industrial e intelectual”. En: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XVI, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 34.

obligaron a las grandes empresas a operar a escala global, lo que hizo también que la piratería fuera más rápida y fácil, la necesidad de proteger a la Propiedad Industrial fue parte central de las políticas comerciales de los países ricos. Fue principalmente Estados Unidos quien impulsó el incremento del nivel de protección de la propiedad intelectual y quien exitosamente incluyó diversos temas nuevos en la negociación, motivado en parte por la incapacidad de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) para conseguir avances en la protección de la Propiedad Industrial.

A diferencia de otros convenios en materia de propiedad intelectual, el ADPIC no permite la inaplicación de ninguna de sus normas y por tal motivo no podrán efectuarse reservas a ninguna de sus disposiciones sin el conocimiento de los demás miembros. De otro lado, incorpora el acervo acumulado en los anteriores convenios internacionales, tales como el de París y el de Berna y, de esta manera, impide que se derrumbe el andamiaje dogmático y conceptual anterior. Tiene como principios el de la protección mínima, esto es, sus normas constituyen un mínimo que puede ser ampliado, tal como ocurre en los convenios bilaterales “ADPIC-plus” que veremos más adelante. También el del trato nacional, en virtud del cual un Estado miembro tendrá que otorgar a los nacionales de otros Estados miembros el mismo trato que otorga a sus nacionales, y el de la nación más favorecida, que carece de precedentes y que prohíbe discriminaciones entre nacionales de otros países miembros, lo que hace que las ventajas concedidas en tratados bilaterales tendrán que extenderse a todos los miembros de la OMC.

Puede afirmarse que el ADPIC tiene una concepción amplia de los derechos de propiedad intelectual que propugnaron desde el inicio los países desarrollados y que fue, en sus grandes líneas, finalmente aceptada. En otras palabras, el ADPIC supone la consolidación de las tesis de los países desarrollados que perseguían la adopción dentro del GATT de un código en el sector de la propiedad intelectual, lo que ha implicado su reforzamiento a nivel mundial, pero también el reconocimiento al relevante papel que desempeñan en el comercio mundial. Las mayores concesiones han sido realizadas, en ese contexto, por los países en desarrollo que se han visto en la obligación de modificar su legislación en períodos relativamente cortos. Los estándares mínimos de protección deben ser respetados por todos los países que desean adherirse a la Organización Mundial de Comercio, porque la obtención de beneficios comerciales queda condicionada a la protección de la propiedad intelectual en los términos que señala el ADPIC. Hay que tener en cuenta, adicionalmente, que en el ADPIC no sólo se regulan los tipos clásicos de protección de la Propiedad Industrial, como son las patentes y las marcas, sino que se incluyen otras modalidades poco conocidas en algunos países, tales como las indicaciones geográficas, los semiconductores o la información confidencial. Finalmente, vale la pena destacar que las normas del ADPIC se verán enormemente potenciadas por la creación de mecanismos de resolución de conflictos⁶.

3.3. Así pues, los derechos intelectuales en general y la Propiedad Industrial en particular se han globalizado y revelado cada vez más como económica y políticamente

⁶ Casado Cerviño, A. y Cerro Prada, B. Op.cit., p. 144 y ss.

importantes, pero ello no ha eliminado su carácter controversial, que los ha acompañado desde sus inicios. Hoy en día, los temas de Propiedad Industrial son parte importante de las discusiones sobre comercio, innovación, transferencia de tecnología, salud pública, seguridad alimentaria, internet, etc. Algunos argumentan que un fuerte sistema de protección es un prerequisite para el desarrollo económico y cultural. Otros lo consideran culpable de muchos pecados y de dificultar el acceso a bienes públicos como la salud, la educación y la alimentación, y que su estricta aplicación u observancia jurídica es imposible para los países pobres. Es, pues, entonces un error pensar que la Propiedad Industrial y su evolución contemporánea están ausentes de críticas.

Resulta indiscutible que la globalización de la propiedad intelectual institucionalizada con el ADPIC no se realiza por consenso sino que constituye una imposición de los países más desarrollados. A los países menos desarrollados, como es el caso del Perú, se les obliga a imponer un nivel de protección elevado, que los países desarrollados sólo han conseguido después de una larga evolución, y para ello basta con recordar la prohibición que se impusieron durante décadas de patentar productos químicos farmacéuticos, por considerar que ello era inconveniente para su estado de desarrollo en determinado momento. De otro lado, no está probado que la introducción de un exigente sistema de patentes favorezca el desarrollo industrial y tecnológico, pues hay otras consideraciones a tomar en cuenta, como la existencia de infraestructura industrial, de expertos y de mano de obra calificada. La competencia, que es el motor del sistema económico, sólo cobra sentido y funciona eficazmente si todos los competidores parten de las mismas condiciones. La piratería se explica en buena medida justamente cuando un país se encuentra en condiciones de inferioridad frente a los más poderosos.

Las críticas más consistentes a la Propiedad Industrial, tal como está hoy diseñada, se produce en los países desarrollados a nivel académico. La bibliografía es muy amplia⁷. Sólo diré aquí que, históricamente, como en muchas otras áreas del Derecho, su formulación legal ha obedecido principalmente al interés de minorías privilegiadas a las que responden los legisladores, lo que las ha fortalecido en su posición para incrementar su riqueza y tener así más poder. En el ámbito de Propiedad Industrial se ha impuesto un concepto evolutivo de propiedad y hemos pasado de un capitalismo de bienes físicos, fábricas y trabajo obrero a uno dirigido al control de la información y el conocimiento. De ahí su importancia contemporánea y también la interrogante de si su regulación respeta los derechos humanos en materia de salud, educación y cultura. Quizá la mayor influencia en esa visión limitada la han tenido sus principales constructores: los abogados especializados en el área. De lo que no cabe duda es de la conveniencia de que se debata, a la luz de las nuevas tecnologías, la relación y límites entre propiedad e información en un mundo de gran diversidad cultural y diferentes escalas de valores.

⁷ A modo de ejemplo puede verse el libro editado por Keith E. Maskus y Jerome H. Reichman. *International public goods and transfer of technology*. Cambridge University Press, Nueva York, 2005, que contiene un numeroso conjunto de ensayos de destacados especialistas.

Otro tipo de críticas están relacionadas a la interrogante de si los derechos intelectuales, y la Propiedad Industrial en concreto, son en verdad socialmente útiles, y cuál es el nivel requerido de protección jurídica. En otras palabras, los diferentes institutos definidos están protegidos en la actualidad en forma tan amplia que es difícil evaluar, tal como lo pone de relieve Richard Posner, cuántos recursos económicos e intelectuales están destinados a la obtención de protección jurídica sin tener un efecto socialmente justificatorio⁸.

3.4. Son numerosos los expertos que han puesto de manifiesto cómo el proceso globalizador tiene una incidencia sobre los derechos intelectuales que excede el ámbito jurídico. Y ello es así porque los grandes impulsores de los cambios legislativos provienen de las compañías multinacionales de los países desarrollados, cambios que se manifiestan en un incremento de la protección en todos los países, sin tener en cuenta las circunstancias concretas de cada país o región, dejando de lado lo que estuvo en la base de esos derechos, esto es, el equilibrio entre el interés de los titulares y los intereses de terceros, del común, de la sociedad. En muchos casos la vigencia de derechos exclusivos no viene acompañada de una regulación internacional que impida los abusos en el ámbito de la competencia económica y la deslealtad comercial.

Finalmente, no cabe duda que a pesar de que la normativa se ha extendido a prácticamente todo el globo, son muchos los países en vías de desarrollo que no tienen conocimiento de sus finalidades ni experiencia en su administración. Sin embargo, durante los últimos años ha existido una enorme presión para que estos países adecúen sus normas a los estándares de los países más desarrollados. El ADPIC es el mejor ejemplo de ello. La Propiedad Industrial se ha convertido en una parte integrante del nuevo sistema de comercio internacional. Todos los países han debido aceptar la cláusula de la nación más favorecida, lo que significa que la protección y aplicación de los derechos no deben ser discriminatorios respecto de la nacionalidad de los titulares. Como veremos a continuación, los convenios bilaterales y regionales han ido aún más allá de las disposiciones contenidas en el ADPIC, lo que hace cada vez más difícil hacer uso de las pocas opciones y flexibilidades que contenía para su aplicación en la legislación interna.

IV. LOS ACUERDOS ADPIC-PLUS

4.1 En el contexto anterior han comenzado a proliferar durante los últimos años acuerdos de libre comercio de carácter bilateral promovidos fundamentalmente por los EE.UU., los que contienen disposiciones más severas y exigentes que las contenidas en el ADPIC. Estos acuerdos bilaterales exigen niveles más altos de protección y nuevos mecanismos de observancia, y son la moneda de cambio para obtener facilidades comerciales en el acceso a mercados. Juegan un papel importante en el diseño de las nuevas orientaciones en la Propiedad Industrial y en la profundización de los estándares internacionales, pero están basados en la arquitectura internacional de derechos a que nos hemos antes referido. Se caracterizan, además, porque los beneficios que otorga o reconoce un país en materia de derechos intelectuales se extiende al universo de la membresía de la OMC de forma

⁸ Posner R. "The law & economics of Intellectual Property". En: *Dædalus*. 2002.

automática. Sin embargo, una cobertura más amplia de derechos, por ejemplo en el caso de medicamentos, ha dado lugar a reacciones internacionales muy agudas e intensas y se ha convertido en un factor polémico no sólo en el ámbito de la salud pública (Declaración Ministerial de DOHA), sino también en el de la alimentación y los conocimientos tradicionales. Todo ello ha generado tensiones y ha dado lugar para que resurjan temas antiguos y controvertidos al mismo tiempo que se han planteado nuevos que han dado lugar a disposiciones singulares.

4.2 El Acuerdo Comercial (TLC) celebrado por el Perú con los EE.UU. no ha sido en verdad polémico; más bien ha sido recibido con satisfacción por los gobernantes peruanos, así como por las grandes empresas y los medios de comunicación, y algunos lo han llegado a calificar como tabla de salvación o logro republicano. Las posiciones discrepantes, o los intentos de analizar sus costos, han tenido que luchar denodadamente para hacerse oír, pero puede afirmarse que el país ha estado mayoritariamente sordo frente a este empuje⁹. El Acuerdo es funcional a los intereses de los EE.UU. en la materia que nos ocupa y ha significado una vía para desalentar los esfuerzos de integración andinos, poniendo énfasis en las vías bilaterales, ofreciendo para ello como anzuelo el inmenso mercado de los EE.UU. Pero este país no sólo ha impuesto sus estándares de protección, fruto de su extraordinario desarrollo científico y tecnológico, sino que además se ha cuidado de no renunciar a su política de subsidios, en especial en el campo agrícola. Sí ha exigido que el Perú renuncie a un conjunto de medidas promocionales clásicas como la preferencia a la producción nacional en las compras estatales. El TLC es, sin duda alguna, expresión de un “*neocolonialismo soft*”.

Lo que debe tenerse presente es que las reglas que en Propiedad Industrial contiene ese Acuerdo son diferentes a las que históricamente aplicaron para su desarrollo los EE.UU. y otras democracias capitalistas europeas. A pesar de que ahora tratan de ocultarlo o impedirlo, los Estados de esos países han intervenido por décadas en el mercado, subsidiando la investigación y la industria nacional sin tener que dar cuenta de sus decisiones a terceros países. Resulta por demás obvio la asimetría económica, cultural y militar entre EE.UU. y el Perú. La ausencia de medidas compensatorias no hará más que profundizar las diferencias. Para los EE.UU. el Acuerdo celebrado con el Perú tiene una importancia económica diminuta; su interés mayor se encuentra en el ámbito político y en la sobreprotección de los derechos intelectuales que obtendrán sus compañías. A todo ello se agrega, y ello no puede ocultarse, la posición políticamente débil de los negociadores peruanos, reflejo de nuestra debilidad institucional, lo que desgraciadamente no dio lugar a mayores reacciones en el ámbito académico o en los medios de comunicación.

Aunque pareciera hoy tarea imposible, el tema de los derechos intelectuales debió ser eliminado en la negociación del Acuerdo celebrado con los EE.UU., y los esfuerzos del Estado peruano debieron estar dirigidos fundamentalmente a mejorar nuestra condición

⁹ Un esfuerzo nacional importante para debatir la conveniencia del Acuerdo Comercial con los EE.UU. puede apreciarse en el libro de Santiago Roca (compilador). *Propiedad Intelectual y Comercio en el Perú*. ESAN Ediciones, Lima, 2007, y también en diversos artículos publicados en el Anuario Andino de Derechos Intelectuales, editado en Lima.

educativa, científica y productiva. Dicho Acuerdo significa un ancla o candado a las políticas económicas generadas en los EE.UU. y en más de un aspecto una rendición incondicionada del Perú a las futuras decisiones políticas del gobierno de los EE.UU. en lo que a tecnología e industrias culturales se refiere. De otro lado, y con el objeto de enfatizar su inconveniencia, se olvida con frecuencia que esos acuerdos no son para los EE.UU. de aplicación automática (*self/executing*) y, en consecuencia, no alteran ni modifican su ley interna. Quizás la relación bilateral que genera puede sintetizarse en la frase “*Do it as we say, not as we did*”.

4.3 Es evidente que el proceso de armonización que ha tenido lugar en años recientes y el fenómeno del “ADPIC-plus” han contribuido a transformar drásticamente el panorama regulatorio de la Propiedad Industrial. El resultado, como ya hemos dicho, ha sido una cobertura más amplia de derechos, el reforzamiento de la protección para incluir, por ejemplo, en el derecho de autor la reproducción digital y un aumento considerable de los períodos de protección, todo lo cual ha ido cercenando el espacio de interpretación y de libertad de implementación según lo prescribe el ADPIC. EE.UU. ha sido el motor de esos grandes cambios, lo que no constituye de por sí una novedad en función del papel invariable que ha jugado en los más de 100 años de historia del sistema internacional. Pero hay que poner de relieve que si con la adopción de ADPIC se creyó entrar en una etapa de pausa y parsimonia en los cambios, ha ocurrido lo contrario puesto que la armonización de estándares de protección tiene resultados y alcances difíciles de prever. Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han creado, de un lado, dificultades en el manejo y administración de los derechos intelectuales, pero al mismo tiempo han facilitado la difusión y uso de los mismos.

América Latina asumió en la década de 1970 un liderazgo singular en el intento de generar nuevas políticas en esta materia, las que no fueron del agrado de los países ricos y de las empresas multinacionales. Tuvo iniciativas destinadas a revisar el Convenio de París y a promover un Código Internacional de Conducta para la Transferencia de Tecnología, cuyo modelo fue de algún modo el Régimen Común establecido en la Decisión N° 24 por el Grupo Andino. El efecto político de los recientes acuerdos de libre comercio han quebrado no sólo ese liderazgo, sino también el equilibrio precario que existía en esta materia. Nos encontramos ahora en una nueva situación, pues si bien es difícil que vuelva a estar presente la cohesión alcanzada en aquellos años en los mismos términos y con los mismos factores, tampoco parece razonable pensar que los países que han alcanzado un acuerdo comercial con los EE.UU. y que han motivado la adopción de recientes disposiciones tipo ADPIC-plus, puedan contradecir o rechazar lo que acaban de aceptar a nivel bilateral, salvo que se produjera un cambio radical de carácter político.

4.4 Es lamentable que las recientes reformas legislativas hayan sido producto de la presión política y comercial, y adoptadas de manera defensiva, pues no se han hecho con el propósito de maximizar los beneficios de los derechos intelectuales enfrentando los nuevos desafíos tecnológicos, aprovechando posibles nuevas oportunidades y explorando de modo innovativo espacios de políticas que la arquitectura internacional todavía permite. Pedro Roffe ha señalado que “*las reformas y cambios legislativos se han hecho bajo el supuesto de que la Propiedad Industrial conlleva ‘per se’ progreso tecnológico, acceso al cono-*

*cimiento y mayor creatividad. La evidencia empírica y la experiencia histórica sugieren precisamente lo contrario: el desarrollo económico y el avance tecnológico conllevan la necesidad de adaptar los sistemas de Propiedad Industrial a estos nuevos estadios de desarrollo. Fue el caso de los países industrializados y de la república de Corea*¹⁰.

Todo indica que no existe un modelo único aplicable para países de distinto grado de desarrollo y necesidades. Lo que sí es común ahora es que los sistemas de protección de los derechos intelectuales no se encuentran en manera alguna adaptados a las estructuras locales de producción. La región latinoamericana y el Perú juegan un papel marginal en el sistema internacional, razón por la cual la adecuación de los regímenes jurídicos a niveles más altos de protección y observancia no harán cambiar su dramático atraso en ciencia y tecnología. Los cambios impuestos por los acuerdos bilaterales son producto de exigencias externas y responden a una abstracta nueva arquitectura internacional que impone limitaciones al campo de maniobra legislativa, por lo que es preciso luchar para encontrar espacios para la creatividad y ajuste de políticas y para tener una actitud más crítica y analítica. El subdesarrollo y el atraso tecnológico siguen siendo una realidad común. El mundo de los derechos intelectuales sólo refleja esas realidades.

4.5 Finalmente, no puede dejarse de mencionar que una característica de los acuerdos de libre comercio con estipulaciones sobre Propiedad Industrial celebrados con los EE.UU. están sujetos para su entrada en vigencia a la “certificación” que debe hacer ese país, expresando su conformidad con los cambios legislativos adoptados. En otras palabras, el sistema legal de los EE.UU. pone a países como el Perú en la obligación de tomar un conjunto de medidas para adaptar su legislación interna a lo expresado en el Acuerdo bilateral, con lo cual los delegados estadounidenses adquieren mucho más fuerza en esta materia que los propios legisladores nacionales.

El Acuerdo celebrado con los EE.UU. o con cualquier otro país o región que incluya en su articulado disposiciones sobre derechos intelectuales, significa —sin duda— no proporcionar soluciones globales o regionales, como lo expresan mal que bien las Decisiones Andinas, y tienden a socavar el sistema multilateral¹¹.

V. LA EVOLUCIÓN EN EL PERÚ: A NIVEL CONSTITUCIONAL, LEGAL Y REGIONAL¹²

5.1. Para conocer de la realidad actual en materia de P.I. es necesario hacer una breve referencia histórica. Puede afirmarse que no en todas las Constituciones del Perú, que son 11 -y 12 si se le adiciona la Constitución de Cádiz de 1812- ha habido referencias directas a la protección de inventores o titulares de signos distintivos, pues nuestros textos constitucionales se refieren con términos no uniformes ni sistemáticos a los derechos intelectuales y, además, no han utilizado jamás esta denominación. Durante la época republicana ha habido un continuo reconocimiento a la libertad de industria y comercio,

¹⁰ Roffe, P. Op.cit., p. 139.

¹¹ Casado Cerviño, A. y Cerro Prada, B. Op.cit., p. 31.

¹² Para este numeral vid. Kresalja, B., *Los derechos intelectuales en el Perú republicano*. Lima, 2009.

al derecho de propiedad y en casi todos los textos constitucionales existen menciones específicas a autores e inventores. La primera ley en el ámbito de la Propiedad Industrial, sobre patentes, denominada Ley de Privilegios, es de 1869, promulgada por Balta, y la primera en materia de marcas es de 1892, promulgada por Morales Bermúdez.

La Constitución de 1823 otorgó al Congreso, con el carácter de facultad exclusiva, el *“conceder privilegios temporales a los autores de alguna invención útil a la república”*. Hay también menciones similares en las de 1826, 1828, 1834, 1837, 1839, 1856 y 1860. En el Congreso que dio lugar a esta última se produjeron debates de gran interés, tanto en lo que concierne a los Derechos de Autor como a la Propiedad Industrial. Se dijo en esa ocasión, por ejemplo, que *“todo el mundo está conforme”* con la protección a la propiedad literaria y artística, pero la discusión se hizo más viva cuando se discutió en qué forma debían protegerse a los inventores frente a aquellos *“introdutores”* de inventos útiles. Ya se planteó en esa asamblea la diferencia entre el derecho moral y el beneficio económico a que dan lugar los derechos intelectuales. La doctrina peruana del siglo XIX representada por Toribio Pacheco, José Silva Santisteban, Luis Felipe Villarán, José María Quimper y Francisco García Calderón tiene referencias a estos temas y al tratarlos los vincula con la libertad de industria y comercio y con el derecho de propiedad.

En todas las Constituciones del Siglo XX, la de 1920, 1933, 1979 y la vigente de 1993, se trata de la Propiedad Industrial y de la libertad de industria y comercio y, por cierto, también de la propiedad intelectual literaria y artística. En la mayoría de ellas se ve la influencia de las nuevas tendencias económicas y sociales que intentan poner las bases para la edificación de un *“Estado social”*, lo que se refleja en las discusiones de los constituyentes, que se esfuerzan por poner límites a los derechos absolutos para someterlos a límites expresados en la legislación positiva. La propiedad sigue siendo considerada inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. Vuelve a plantearse la discusión entre inventores e introductores de descubrimientos. La Constitución de 1933 en su artículo 30° señala que *“el Estado garantiza y protege los derechos de autores e inventores”*. La de 1979 incluye dentro de los derechos fundamentales de la persona el de la libertad de creación intelectual, artística y científica y en su artículo 129° dice a la letra: *“El Estado garantiza los derechos del autor y del inventor a sus respectivas obras y creaciones por el tiempo y las condiciones que la ley señala. Garantiza asimismo y en igual forma los nombres, marcas, diseños y modelos industriales y mercantiles. La ley establece el régimen de cada uno de estos derechos.”* Finalmente, en la Constitución vigente de 1993 se incluye dentro de los derechos de la persona la libertad de creación y la propiedad sobre los productos de la misma y hay un reconocimiento expreso a la economía social de mercado y a la sanción de prácticas abusivas en el ámbito de la competencia económica. La doctrina peruana ha hecho en algunas ocasiones, tal es el caso de Ruiz-Eldredge, Enrique Bernaldes y Marcial Rubio, planteamientos para diferenciar a nivel constitucional la protección entre la Propiedad Industrial y el Derecho de Autor, dando preferencia a este último, pero ello no ha pasado de ser una discusión académica, contando a la fecha ambas áreas con igual protección a ese nivel.

5.2. Durante la república se han puesto en vigencia numerosas leyes y disposiciones de menor jerarquía vinculadas a la Propiedad Industrial y el Perú ha suscrito, a la fecha,

los más importantes tratados internacionales en la materia. Después de la Ley de Privilegios de 1869, no fue hasta 1959 que se promulgó la primera ley moderna en la materia, la N° 13270, que incluye a todos los institutos de la Propiedad Industrial. Pues bien, esta última fue derogada por el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas en 1970 y la Propiedad Industrial quedó únicamente regida por un Decreto Supremo, el D.S. 001-71/TC/DS, que tuvo vigencia hasta la primera Decisión Andina en la materia, que fue la N° 85, consecuencia de otra anterior, la Decisión N° 24, a la que me he ya referido. A partir de ese instante las Decisiones Andinas han tenido cada vez mayor importancia. Sin perjuicio de ello, en años recientes se promulgaron dos importantes normas en Propiedad Industrial: el Decreto Ley 26017 en 1992 y el Decreto Legislativo N° 823 en 1996, ninguno de los cuales está en vigencia a la fecha. Las negociaciones y discusiones que han dado lugar a un importante número de dispositivos legales dictados en materia de Propiedad Industrial durante los últimos años y la celebración por el Perú de numerosos tratados internacionales, casi nunca han dado lugar a debates públicos ni se ha brindado a los ciudadanos mayor información sobre la materia. Hay pues aquí una crítica a realizar, pues el fin perseguido por el legislador se ha mantenido generalmente oculto y la ciudadanía y los grupos intermedios, productivos o académicos, no han tenido una voz potente que se haga escuchar. ¡Una lástima!, pues como sabemos, el Derecho, en general, no puede ser cabalmente comprendido sin la perspectiva que da su historia y en la que aparecen, muchas veces de forma anónima, aportes creativos y adaptaciones, fruto de las ideologías prevalecientes cuando no de costumbres y prejuicios.

5.3. En lo que se refiere a los planteamientos regionales al interior del Grupo Andino, llamado hoy día Comunidad Andina de Naciones (CAN), es preciso recordar que la importancia de la Propiedad Industrial y su relación con el desarrollo económico y cultural tuvieron reconocimiento desde su origen. Tanto la Comisión Económica para la América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL), así como la constitución de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960 y la suscripción del Tratado de Montevideo, son antecedentes inmediatos del Acuerdo de Cartagena, celebrado en 1969, todo ello bajo un enfoque económico que promovía la industrialización, fundamentalmente a través de la sustitución de importaciones, así como en lo político el fortalecimiento del Estado y de las burguesías nacionales vinculadas al desarrollo del mercado interno¹³.

No es éste el lugar ni la ocasión para hacer un análisis de lo que ha representado la CAN para sus países integrantes y de los cambios y modificaciones que han sufrido sus más importantes iniciativas. Pero en lo que a la Propiedad Industrial se refiere, su influencia ha sido muy grande y en general positiva, al haber uniformado y modernizado el régimen legal. Tiene como antecedente a la que en su época fuera la famosa Decisión N° 24, llamada también “Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías”. La Decisión N° 24, que entró en vigencia en 1971, dispuso que los países miembros debían adoptar un régimen jurídico común en

¹³ Vid. Kresalja, B., “La política en materia de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina”. En: *Derecho Comunitario Andino*. PUCP, Lima, 2003.

Propiedad Industrial, pues la consideraba parte integrante de una política de desarrollo económico y de tratamiento al capital extranjero. Nació en ese ambiente la Decisión N° 85, la que posteriormente sería modernizada dándole un carácter más técnico y menos confrontacional, por las Decisiones 311, 313, 344, 486 y 689. Durante este período el Perú y los países miembros de la CAN ingresan a formar parte de la OMPI, del Convenio de París, la OMC y el ADPIC. El Perú, a raíz del Acuerdo de Libre Comercio celebrado recientemente con los EE.UU., también se obliga a incorporar en su legislación diversos tratados internacionales.

La evolución de las Decisiones Andinas muestra un tránsito que va de un intento en cierta medida de desarrollo autárquico a una homogenización legislativa con los principales tratados internacionales. Algunas características de ese proceso han sido la intervención de técnicos gubernamentales en la formulación de las Decisiones, pues no han pasado por el Congreso ni han dado lugar ahí a debates públicos; la inclusión de todos los institutos de la Propiedad Industrial aunque la mejor técnica legislativa aconsejara tratarlos separadamente, como ha sido en el caso de la Unión Europea, aunque ello pudo quizá, en su fase inicial, responder a la necesidad de una propuesta unificada y manejable por las débiles oficinas encargadas. También es una característica del proceso la existencia del Tribunal de la Comunidad Andina como órgano jurisdiccional creado en 1979 y que tiene como propósito unificar la interpretación del derecho comunitario, lo que hace efectuando interpretaciones prejudiciales y habiéndose pronunciado en numerosas ocasiones sobre diversos aspectos de la legislación en Propiedad Industrial. Recientemente se advierte una disminución del control estatal sobre los contratos de transferencia de tecnología y de licencia, que es ahora en verdad prácticamente inexistente. Asimismo, el haberse discontinuado los intentos para prospección y adaptación tecnológica y el no haberse podido crear una oficina centralizada en el ámbito de la CAN.

5.4. No puede dejarse de mencionar que más allá de lo que ocurra en el futuro con la existencia de la CAN, la influencia directa de sus Decisiones, en compañía de la ayuda técnica recibida de la OMPI y de especialistas nacionales cada vez mejor informados, ha tenido un impacto positivo en las oficinas estatales peruanas, en primer término en el ITINTEC y hoy día en el INDECOPI pues, en términos generales, representan una práctica administrativa mucho más consistente y enterada de las que se practicaban a mediados del siglo XX.

VI. LAS TAREAS DEL FUTURO

Para un país como el Perú las tareas del futuro pueden dividirse en dos campos, aquéllas vinculadas a su legislación interna y aquéllas otras que puedan darse en el contexto político latinoamericano.

6.1 Las tareas internas abarcan una variedad de aspectos legislativos e institucionales. Más allá de las discrepancias que podemos tener sobre su contenido, sea total o parcial, en primer término, cabe recordar que como consecuencia del Acuerdo bilateral recientemente celebrado con los EE.UU., nos hemos comprometido a ratificar acuerdos internacionales tales como el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (1970), el Tratado sobre Derecho de Marcas (1994), y el Convenio Internacional para la Protección

de las Obtenciones Vegetales (UPOV, 1991), lo que nos obliga a preparar personal para su correcta aplicación.

Desde el punto de vista institucional, será precisa la capacitación de examinadores en INDECOPI y la culminación de los procedimientos dentro de plazos razonables, en lo que se refiere a la evaluación de los requisitos de patentabilidad. Ello también es de aplicación a la Dirección de Signos Distintivos, fundamentalmente para consolidar las denominaciones de origen existentes y el reconocimiento de otras nuevas. Mucho será el esfuerzo que habrá que hacer para la implementación del Convenio de la UPOV, así como para el examen y sanción de conductas anticompetitivas.

También deberá ser grande el esfuerzo para fortalecer a instituciones tales como la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID), cuyas labores y funciones no han sido determinadas aún con precisión. Igual puede decirse de las capacidades operativas del Ministerio Público, la Policía Nacional y la SUNAT.

Por cierto, todas estas tareas deberían haberse llevado adelante sin necesidad de haber celebrado un Acuerdo de libre comercio con los EE.UU., en cumplimiento de políticas de Estado dirigidas al desarrollo nacional, pero ha sido necesaria la participación de un país extranjero para percatarnos de la necesidad de llevarlas a cabo. Una demostración cabal de subdesarrollo.

Sólo una vez conocida con precisión las ventajas e inconvenientes de los mencionados tratados, podremos efectuar las críticas a los mismos e intentar, si se considerara indispensable, su denuncia. Ello obliga a efectuar con urgencia las reformas institucionales antes mencionadas.

6.2 Además de lo estrictamente legal y administrativo, es pertinente adoptar una política dirigida a la protección de la inventiva y la industria local, seleccionando áreas específicas y sistemas de protección más adecuados a nuestro actual estado de desarrollo. Es preciso abrir nuevas posibilidades asentadas en mecanismos de promoción y protección más sencillos, tales como los modelos o los certificados de utilidad, que tendrán principal relevancia en los mercados nacional o regional, tema sobre el que no se pronuncia el ADPIC. Asimismo, la regulación del acceso a los recursos biológicos, tan abundantes en el Perú, como la protección del medio ambiente y los conocimientos de los pueblos aborígenes son tareas en las que hay que persistir con amplio apoyo estatal y privado, sea mediante contratos de bioprospección u otros medios.

No debe tampoco abandonarse la idea de repotenciar a la CAN en este área y volver a intentar la creación de Oficinas Regionales de Marcas y Patentes, tomando en parte la experiencia en la Unión Europea, con el propósito de mejorar nuestra condición marginal en el ámbito científico y tecnológico y también para aumentar la cohesión social interna. Es preciso comprender que los sistemas de protección no pueden seguir siendo uniformes cuando los grados de desarrollo son muy diferentes entre los países.¹⁴

¹⁴ Vid. Kresalja, Baldo, "El sistema de patentes después del ADPIC: comentarios y reflexiones sobre su futura eficacia". En: *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, pp. 257 y ss.

6.3 Si bien no existe, como hemos dicho, un modelo único aplicable desde el punto de vista jurídico y científico para países con experiencias y necesidades diferentes, en términos generales América Latina sigue teniendo una importante brecha en el conocimiento con relación a los países desarrollados. Específicamente, es necesario que se extienda la convicción de la importante relación que hay entre los sistemas nacionales de innovación, los sistemas productivos y el comercio internacional con las normas de Propiedad Industrial. Transferencia de tecnología, mecanismos adecuados de comercialización del conocimiento, el uso de flexibilidades que permitan los acuerdos internacionales, la conexión especial con los temas de salud pública, educación y nutrición, el verdadero impacto económico y social de la llamada piratería, las políticas sobre agotamiento de derechos y los efectos anticompetitivos derivados de la protección de la información confidencial y de los datos de prueba, los costos y beneficios de la protección de las indicaciones geográficas, los criterios de patentamiento concordantes con los niveles de desarrollo, la administración del sistema de patentes, la necesidad de que las negociaciones en este área no se lleven adelante exclusivamente desde una óptica comercial sino teniendo una visión más integrada del desarrollo de la sociedad y la definición de los organismos regionales, así como el tratamiento al tema de la biodiversidad, son algunos de los temas que, acompañados de los esfuerzos para privilegiar el multilateralismo en el diseño de estándares internacionales, son las tareas futuras del Perú en el conjunto de naciones latinoamericanas.

Así, pues, uno de los retos que tenemos como país ubicado en la periferia del capitalismo dependiente es justamente buscar adaptar las exigencias de la globalización a nuestra realidad, a nuestro modelo productivo, a nuestra desigualdad en educación e ingresos. La conducta adoptada por nuestros gobiernos al aceptar acríticamente el celebrar pactos bilaterales de comercio con disposiciones sobre Propiedad Industrial no han ido ni van con seguridad en ese sentido¹⁵. Se trata de un reto que no ha sido antes enfrentado y que requiere de la adopción de políticas públicas en esas materias, las que brillan ahora por su ausencia.

VII. DESARROLLO: EL PAPEL DE LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA

7.1 El término desarrollo expresa, de manera sintética, las aspiraciones de los hombres de hoy por consideraciones de vida más humanas. La vieja antinomia riqueza-miseria no da cuenta, en forma completa, de los problemas y de las aspiraciones presentes de la humanidad.

Como sabemos, el término desarrollo no está claramente delimitado, hay enfoques diversos que aquí no voy a citar, pero sí recordar que muchas veces ha sido utilizado como sinónimo de crecimiento económico, aunque ello es cada vez menos frecuente, pues hoy se le relaciona con concepciones más integrales. El desarrollo debe ser visto como un proceso social global que comprende aspectos económicos, sociales, políticos y

¹⁵ Vid. Bercovitz, A. "Globalización y Propiedad Intelectual" y Yu, P. "TRIPS and its discontents". En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. N° 2 y N° 4, respectivamente, Lima, 2006 y 2008.

culturales, planos interdependientes, pues el estancamiento de uno de ellos es una traba para el desarrollo de los demás. Y esto debe de tenerse en cuenta al estudiar y formular la Propiedad Industrial.

Así, pues, el considerar al desarrollo como un proceso global, lleva también a tener en cuenta todos los condicionamientos externos e internos de la evolución económica de un país, a cómo se efectúa la distribución de los frutos de su producción y de las relaciones entre los agentes que participan en dicha evolución. En este contexto no puede dejarse de reconocer que si bien en América Latina y específicamente en el Perú se ha producido durante los últimos años un importante crecimiento económico éste no ha significado aún una mejor distribución del ingreso. Y desde el punto de vista de la Propiedad Industrial, se trata de un crecimiento dependiente en lo científico, lo tecnológico y lo comercial, sea en el ámbito de las patentes de invención como de los signos distintivos de productos y servicios, y en general, en lo cultural y jurídico, pues las matrices son creadas mayoritariamente en los países capitalistas desarrollados y nosotros —con una educación pública en muy mal estado y sin capacidad científica— somos receptores acrílicos de todo ello.

Si bien el término desarrollo sintetiza las aspiraciones de los pueblos pobres, no cabe duda que las llamadas políticas desarrollistas —que son en materia de Propiedad Industrial simples copias de lo que se hace en el extranjero— han significado un fracaso y una extendida frustración que el neoliberalismo y su famoso “Consenso de Washington” han tratado infructuosamente de superar. Las recetas provenientes de los organismos internacionales, en estrecha relación con compañías multinacionales y los Estados que gobiernan la economía mundial, han sido en más de un sentido contraproducentes, pues en unión de unos pocos representativos grupos nacionales han impedido realizar una transformación cultural, jurídica y socioeconómica que haga posible el verdadero desarrollo.

Es preciso entonces luchar por una liberación económica y política. La batalla por mejores normas en la Propiedad Industrial, más adecuadas a nuestra realidad y a ese propósito, es entonces parte pequeña pero presente en esa tarea. Es preciso luchar contra lo que limita o impide al hombre la realización de sí mismo, de todo aquello que traba el acceso o el ejercicio de su libertad. Así, podrá crear, inventar, desarrollar nuevos productos y campañas de mercadeo apoyado en signos propios y distintivos. Los convenios bilaterales de comercio ADPIC-plus, son una real y vigente forma de imperialismo. Pero esta afirmación, con toda la verdad que encierra, no impide tener conciencia de que el destino de los más pobres depende hoy, en gran medida, de lo que suceda al interior de los pueblos dominantes. Hay pues que conocer esa realidad —que tiene expresión jurídica— para superarla. El ámbito universitario es un buen lugar para imaginar y concretar las opciones culturales y legislativas que permitan que ello ocurra.

7.2 Si el área de la Propiedad Industrial de mayor impacto en la vida de los hombres es la de las invenciones, deberíamos por un momento recapacitar sobre el significado de la creación científica y tecnológica. El creciente cuerpo de ideas llamado “ciencia” se caracteriza por ser conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente

falible¹⁶. Por medio de la investigación científica el hombre ha alcanzado una reconstrucción conceptual del mundo que es cada vez más amplia, profunda y exacta. El hombre “*amasa y remoldea la naturaleza sometiéndola a sus propias necesidades; construye la sociedad y es a su vez construido por ella; trata luego de remoldear este ambiente artificial para adaptarlo a sus propias necesidades animales y espirituales, así como a sus sueños: crea así el mundo de los artefactos y el mundo de la cultura. La ciencia como actividad —como investigación— pertenece a la vida social; en cuanto se la aplica al mejoramiento de nuestro medio natural y artificial, a la invención y manufactura de bienes materiales y culturales, la ciencia se convierte en tecnología*”¹⁷.

La técnica moderna es en medida creciente ciencia aplicada; pero la tecnología es más que ciencia aplicada, porque tiene sus propios procedimientos de investigación, porque contiene un cúmulo de reglas empíricas, porque no es el resultado de aplicar el conocimiento científico a los problemas prácticos; la tecnología viva es, esencialmente, el enfoque científico de problemas prácticos, y por eso es fuente de conocimientos nuevos. La ciencia y la tecnología constituyen un ciclo de sistemas interactuantes que se alimentan uno al otro. Para ello se necesita equipos y el estímulo que provee una industria altamente tecnificada ¿acaso la tenemos?

7.3 Por tanto, es preciso modernizar el concepto de humanidades y equilibrar los ingredientes de la educación, ofreciendo una educación integral y actual. Si la vida no es ni debe ser puro goce, y si la cultura no es ni debe limitarse a ser comentario de textos, entonces es preciso renovar las ideas acerca del lugar que deben desempeñar las artes y las humanidades en la educación moderna, y darle a la enseñanza científica el lugar que le corresponde.

En nuestro medio no se ha difundido aún la noticia, y menos aún comprendido, de que la ciencia es el núcleo de la cultura moderna¹⁸. Más bien proliferan corrientes irraccio-

¹⁶ El conocimiento científico es fáctico, parte de los hechos, los supera hasta cierto punto y siempre vuelve a ellos. Además, trasciende los hechos, pues los descarta, produce nuevos y los explica. La ciencia es analítica, abarca problemas uno a uno, y trata de descomponerlo todo en elementos; los problemas son parciales y así son también sus soluciones; la investigación científica es entonces especializada y el conocimiento que genera es claro, preciso, comunicable y verificable. Finalmente la investigación científica es metódica, sistemática y general. Pero también es “*legal*”, pues busca leyes (de la naturaleza y de la sociedad) y las aplica. Inserta los hechos singulares en pautas generales llamadas “*leyes naturales*” o “*leyes sociales*”. La ciencia intenta explicar los hechos en términos de leyes y las leyes en términos de principios. Conviene también recordar que el conocimiento científico es productivo, pues trasciende la masa de los hechos de experiencia, imaginando cómo puede haber sido el pasado y como será el futuro. La ciencia es abierta pues no reconoce barreras a priori que limiten el conocimiento y es además útil porque busca la verdad. Vid. Bunge, M. *La ciencia. Su método y su filosofía*. Debolsillo, Buenos Aires, 2009.

¹⁷ *Ídem*, pp. 11 y 12.

¹⁸ Se trata, claro está, de una afirmación polémica y por tanto no siempre compartida. Nuestro afamado escritor Mario Vargas Llosa en su discurso de agradecimiento en la Universidad de Granada, España, por la concesión del doctorado *honoris causa* en junio del 2009, dice que “las letras y las artes constituyeron hasta ahora el denominador común de la cultura”. Mario Vargas Llosa ha publicado otros dos textos relacionados con ello y con el desarrollo de América Latina que deben tenerse presentes por su riqueza conceptual y también por algunas polémicas afirmaciones; ambas del año 2009: “*Sueño y realidad de América Latina*”. PUCP, Lima, y “*La civilización del espectáculo*”. En: Arkinka N° 160, Lima.

nalistas, complemento intelectual del analfabetismo y del atraso técnico y científico. Es el complemento de las pretensiones para retornar a un pasado desconocido pero idolatrado, a la cultura tradicional de corte predominantemente histórico-literario. “*Al negarse la razón y exaltarse en su lugar la intuición, al rechazarse el dato fundado y abrazarse el mito, se niega la ciencia, que es un enfoque racional del mundo; y por consiguiente se niega la epistemología que es la teoría de ese enfoque racional de los hechos materiales y espirituales*”¹⁹. Esa conducta probablemente desaparecerá el día que nos desarrollemos integralmente como personas, esto es, nos liberemos de la situación en que ahora nos encontramos.

Como bien señala Benjamín Marticorena, la postración de la ciencia en el Perú no es un destino fatal, pues estamos en condiciones de recuperar niveles de excelencia en algunos campos y generar con ello una plataforma más segura y sostenible para nuestro desarrollo económico y cultural. Y en afirmación que compartimos señala: “*el desarrollo de una ciencia propia, de innovaciones tecnológicas y la formación de recursos intelectuales, son las nuevas fronteras de la seguridad nacional para el Perú como para cualquier otro país*”²⁰.

VIII. LA LIBERTAD COMO CONQUISTA HISTÓRICA

Concebir la historia como un proceso de liberación del hombre, es percibir la libertad como conquista histórica, es comprender que el paso de una libertad abstracta a una libertad real no se realiza sin lucha —con escollos, posibilidades de expansión y tentaciones de evasión— contra todo lo que oprime al hombre. Esto implica no sólo mejores condiciones de vida, un cambio radical de estructuras, una revolución social, sino mucho más: la creación continua y siempre inacabada de una nueva manera de ser hombre, una revolución cultural permanente. “*En otros términos, lo que está en juego, sobre todo, es una concepción dinámica e histórica del hombre orientado definitiva y creadoramente hacia su futuro, actuando en el presente en función del mañana. Es el hombre que, como dice Telhard de Chardin, ha tomado en sus manos las riendas de la evolución. La historia, contra toda perspectiva esencialista y fijista, no es el desarrollo de virtualidades pre-existentes en el hombre, sino la conquista de nuevas formas, cualitativamente distintas, de ser hombre; en vista a una realización cada vez más plena y total de sí mismo, solidariamente con toda la colectividad humana*”²¹.

El artículo 3º de la Constitución Italiana señala que es misión de la República apartar los obstáculos de orden económico y social que, limitando la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el desarrollo de la persona humana. Así, pues, una realidad económico-social que constituye un “obstáculo” se contrapone a la sociedad prefigurada constitucionalmente, por lo que es objetivo del Estado garantizar la realización de los valores de la persona. Se trata de un principio fundamental y fórmula legitimante del Estado,

¹⁹ Bunge, M. Op.cit., p. 122.

²⁰ Marticorena, B. *La ciencia en el desarrollo*. Friedrich Ebert Stiftung, Lima, 1997, p. 13.

²¹ Gutiérrez, G. *Teología de la liberación*. Salamanca, 1977, p. 62.

un pacto de convivencia. Las fuerzas sociales progresistas son entonces promotoras y el Estado que las representa director de las transformaciones y de los procesos económicos y sociales. Esa norma da testimonio de una democracia siempre de frontera móvil, nunca realizada del todo y definida como meta que se mueve. Permite, en consecuencia, una interpretación evolutiva del Derecho.

Resulta obvio, en mi opinión, que el Estado peruano no ha actuado de esa manera en lo que se refiere a la adopción de normas en el ámbito de la Propiedad Industrial, fundamentalmente durante los últimos años. Pero debería hacerlo en el futuro. Entonces, y si esa actividad va acompañada de otras iniciativas en el ámbito de la ciencia, el arte y la cultura, podremos adaptar a nuestra realidad la normativa sobre Propiedad Industrial. La sentiremos útil en nuestra vida cotidiana. Es una tarea inmensa, valiente, cuyo resultado es, por ahora y por desgracia, de pronóstico reservado.

Muchas gracias.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- Baylos, H. *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Ed. Civitas, 1978.
- Bercovitz, A. “Algunas nociones preliminares para el estudio del Derecho de Patentes”. En: *Revista de Derecho Mercantil N° 105-106*. Madrid: 1967.
- Bercovitz, A. “Globalización y Propiedad Intelectual”. En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N° 2, Lima: 2006.
- Bertone, Luis y Cabanellas, Guillermo. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989.
- Bunge, Mario. *La ciencia. Su método y su filosofía*. Buenos Aires: Debolsillo, 2009.
- Casado Cerviño, A. y Cerro Prada, B. *Gatt y Propiedad Industrial.*, Madrid: Ed. Tecnos, 1994.
- Drahos, P. “The universality of Intellectual Property rights: origins and development”. En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. N° 5, Lima: 2009.
- Fernández Novoa, C. *Fundamentos de Derechos de Marcas*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1984.
- Geller, P. “Dissolving Intellectual Property”. En: *Intellectual Property: bridging aesthetics and economics*. Montreal: 2006.
- Gómez Segade, J. *Tecnología y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- Gómez Segade, J. “El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la Propiedad Industrial e intelectual”. En: *Actas de Derecho Industrial*. Tomo XVI, Madrid: 1996.
- Gutiérrez, G. *Teología de la liberación*. Salamanca: 1977.
- “Integrating Intellectual Property rights and development policy”, Informe de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, Londres: 2002.
- Kresalja, B. “El sistema de patentes después del ADPIC: comentarios y reflexiones sobre su futura eficacia”. En: *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2001.
- Kresalja, B. “La política en materia de Propiedad Industrial en la Comunidad Andina”. En: *Derecho Comunitario Andino*. Lima: PUCP, 2003.
- Kresalja, B. “Deleite en la sumisión”. En: *Diario Le Monde*. Lima: 2009.
- Kresalja, B. *Los derechos intelectuales en el Perú republicano*. Lima: 2009.
- Marticorena, B. “La ciencia en el desarrollo”, Friedrich Ebert Stiftung, Lima: 1997.
- Maskus, K. y Reichman, J. (editores). *International public goods and transfer of technology*. Nueva York: Cambridge University Press, 2005.
- Posner, R. “The law & economics of Intellectual Property”. En: *Daedalus*. Washington, D.C.: 2002.
- Roca, S. (compilador). *Propiedad intelectual y comercio en el Perú*. Lima: ESAN Ediciones, 2007.

- Roffe, P. “América Latina y la nueva arquitectura internacional de la Propiedad Intelectual”, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- Roffe, P., “Intellectual property, the development concerns and developing countries”. 2009.
- Vargas Llosa, M. “Sueño y realidad en América Latina”. Lima: PUCP, 2009.
- Vargas Llosa, M., “La civilización del espectáculo”, Arkinka, N° 160, Lima, 2009.
- Yu, P. “Trips and its discontents”. En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. N° 4, Lima: 2008.