



LAS MEDIDAS DE EQUILIBRIO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL PERMITIDAS POR EL T-MEC

THE BALANCING MEASURES OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS ALLOWED BY THE T-MEC

HERNÁN NÚÑEZ ROCHA¹

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación al T-MEC desde la óptica de la propiedad intelectual; III. Las flexibilidades en el Acuerdo sobre los ADPIC; IV. Las flexibilidades generales previstas en el T-MEC; V. Posibles medidas de equilibrio derivadas de las flexibilidades del T-MEC; VI. Conclusiones. VII. Fuentes Consultadas.

Resumen: Este trabajo se enfoca en las flexibilidades sobre propiedad intelectual permitidas por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, para lo cual, se toma como principal referencia el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio: Una vez delimitado el margen de acción que tienen las Partes del T-MEC, se plantean medidas de equilibrio en el ámbito de la propiedad intelectual, con el fin de compatibilizar los derechos exclusivos, la libre competencia y el respeto a los derechos fundamentales. Las medidas propuestas pretenden ejemplificar el espacio de acción que podrían tener países como México, a pesar de los altos estándares de protección de la propiedad intelectual que se derivan de los acuerdos comerciales suscritos.

¹ Doctor en Derecho. Abogado y consultor internacional. Profesor de la Universidad de Alcalá e investigador Margarita Salas / Next Generation / Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España. Ex director de la oficina ecuatoriana de propiedad intelectual (SENADI). Este artículo de investigación forma parte del trabajo de la Línea de Investigación de Propiedad Intelectual, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Proyecto PAPIIT: IN303121. Correo electrónico: hernan.nunez@icam.es.



Palabras clave: Propiedad intelectual, flexibilidades, AD-PIC, T-MEC, derechos exclusivos, libre competencia, medidas de equilibrio.

Abstract: This research is focused on the Intellectual Property flexibilities allowed by the United States-Mexico-Canada Agreement, based on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Once the USMCA margin of action is established, IP balancing measures are proposed, in order to make compatible exclusive rights, free competition and fundamental rights. The proposed measures are intended to exemplify the flexibility that countries like Mexico could have, despite the high standards of IPR in trade agreements.

Keywords: Intellectual Property, flexibilities, TRIPS, USMCA, exclusive rights, competition, balancing measures.

I. INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual goza de un alto nivel de internacionalización, lo cual, condiciona considerablemente la autonomía de los estados a la hora legislar sobre la materia. Esta situación ha generado la aproximación de la gran mayoría de las legislaciones a nivel mundial en relación con ciertos temas de la propiedad intelectual, facilitando el comercio global y la actuación de las empresas transnacionales.

Asimismo, la dimensión internacional de la propiedad intelectual se asienta en el funcionamiento de organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), que administran tratados multilaterales diseñados como marcos de referencia para la promulgación de normas locales por parte de sus miembros y para la elaboración de posteriores acuerdos de diversa índole.

Este escenario normativo de la propiedad intelectual dentro del Derecho internacional tuvo su punto de partida a mediados del siglo XIX con la elaboración del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883) y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886). Sin embargo, la creación de la OMC, a mediados de los años noventa del siglo pasado, supuso un punto de inflexión en el alcance de las normas de propiedad intelectual contenidas en los tratados internacionales.

El Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la OMC, y que contiene el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), trajo consigo la incorporación de estándares mínimos de protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual. Aparte de la obligación que tuvieron sus miembros para compatibilizar sus leyes con el Acuerdo sobre los ADPIC, este instrumento internacional representa la base de negociación de disposiciones internacionales sobre la materia, en particular dentro de acuerdos comerciales regionales y bilaterales.

El Acuerdo sobre los ADPIC también incluye las denominadas flexibilidades, que permiten a sus miembros la implementación de ciertas medidas que neutralizan los efectos de la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual, con el objeto de responder a situaciones de emergencia nacional o extrema urgencia o de asegurar la consecución de intereses mayores, como la vida, salud pública y nutrición de la población.

Es así como el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC), diseñado a partir de las obligaciones internacionales que emanan principalmente de la OMC, incorpora un capítulo de propiedad intelectual que amplía el espectro de la protección y observancia de estos derechos.

De igual manera, el T-MEC contiene las flexibilidades derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC, lo que permitiría una incorporación de las obligaciones del Tratado de forma más ajustada a la realidad de las Partes y en consideración a la evidente asimetría económica existente entre ellas.

A pesar de esta opción que facilita el Acuerdo sobre los ADPIC y consecuentemente el T-MEC, observamos que México no ha utilizado a profundidad las flexibilidades permitidas, caracterizándose por la promulgación de normas con altos estándares de propiedad intelectual aun por encima de las exigidas en sus compromisos internacionales.

No obstante, y sin perjuicio de la tendencia de México por no utilizar a cabalidad las flexibilidades, en este trabajo exploramos el margen de acción que permiten las disposiciones sobre propiedad intelectual contenidas en el T-MEC, con el propósito de formular posibles medidas de equilibrio que garanticen el reconocimiento de los derechos exclusivos en armonía con la libre competencia, la transferencia y difusión del conocimiento y la tecnología y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, en el marco de los derechos y obligaciones internacionales.

Sin pretensiones de *lege ferenda* este trabajo busca explorar el espacio de maniobra que tienen los países en desarrollo, en particular aquellos con buenos niveles de competitividad e innovación, y que se debaten entre el paradigma del proteccionismo y la absorción de tecnologías extranjeras.

Además, la propuesta que aquí se desarrolla procura visibilizar el amplio y versátil campo de acción de las flexibilidades en los estados que han adquirido compromisos internacionales a consecuencia de la adhesión a múltiples tratados y acuerdos comerciales.

II. APROXIMACIÓN AL T-MEC DESDE LA ÓPTICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, firmado el 30 de noviembre de 2018 y en vigor desde el 1 de julio de 2020², es un acuerdo comercial complejo, dotado de 34 capítulos y que establece obligaciones internacionales de distinta índole para las partes, entre las que se encuentra la protección a los derechos de propiedad intelectual reconocida en el capítulo 20³. Este instrumento se firmó en sustitución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1994 (TLCAN), el cual, a su vez, fue una ampliación del Tratado de Libre Comercio Canadá – Estados Unidos de 1989 (C-US FTA)⁴.

En el contexto de los acuerdos comerciales en América del Norte, el T-MEC es el primer tratado que incorpora las flexibilidades a los estándares mínimos de protección de los derechos de propiedad intelectual del Acuerdo sobre los ADPIC, toda vez que el C-US FTA y el TLCAN se adoptaron –sucesivamente– antes de la creación de la OMC⁵. De hecho, la única obligación sobre propiedad intelectual que traía consigo el C-US FTA era la de cooperar en la

² El Protocolo por el que se sustituye el TLCAN por el T-MEC, se firmó en Buenos Aires, el 30 de noviembre de 2018, a propósito de una cumbre del Grupo de los Veinte o G20. Posteriormente, el 10 de diciembre de 2019, previo a la entrada en vigor del T-MEC, se renegóció de facto y se firmó un Protocolo Modificadorio en la Ciudad de México debido a los cambios propuestos por el Legislativo estadounidense. Finalmente, el Protocolo modificadorio al T-MEC entró en vigor el 1 de julio de 2020, fecha prevista para el inicio del Tratado primigenio (T-MEC, art. 34.5). Al respecto, véase Becerra, Manuel, “El protocolo modificadorio al T-MEC. Su recepción en derecho interno”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, volumen XXI, 2021, pp. 983-985.

³ El Tratado se firmó el 17 de diciembre de 1992, de forma simultánea en Ciudad de México, Ottawa y Washington y entró en vigor el 1 de enero de 1994.

⁴ Firmado el 2 de enero de 1988 y en vigor desde el 1 de enero de 1989.

⁵ La OMC inició sus actividades el 1 de enero de 1995.

Ronda Uruguay y en otros foros internacionales para mejorar la protección de la propiedad intelectual⁶. Por su parte, el TLCAN incluía estándares mínimos de protección de la propiedad intelectual⁷, aun cuando en la época de su negociación y firma no existían obligaciones internacionales multilaterales en ese sentido⁸.

Centrándonos en el T-MEC y más concretamente en lo que atañe a la propiedad intelectual, vemos que el Tratado destina un capítulo, once secciones y noventa artículos a esta materia, poniendo énfasis en la delimitación conceptual y normativa de las modalidades⁹, la cooperación entre las Partes¹⁰, las relaciones con convenios preexistentes¹¹ y la protección y observancia de los derechos¹². En el mismo sentido, incorpora un anexo relativo a la observancia de los derechos de autor en el entorno digital¹³.

⁶ C-US FTA, art. 2004.

⁷ TLCAN, Cap. XVII.

⁸ La idea de incorporar a la propiedad intelectual en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947) empezó a desarrollarse desde los años setenta por iniciativa, principalmente, de los Estados Unidos. A partir de lo cual, dicho país influyó en varios de sus socios comerciales para que acogiesen ciertos criterios de protección de la propiedad intelectual que serían finalmente incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC. Véase Ross, Julie-Chasen, Wasserman, Jessica, “Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights” en Stewart, Terence (ed.), *The GATT-Uruguay Round A Negotiating History (1986–1992)*, vol. II, Boston, Kluwer Law International, 1993, pp.15.

⁹ T-MEC, arts. 20.1 – 20.6.

¹⁰ Ibidem, Cap. 20 Sec. B.

¹¹ Ibidem., art. 20.7.

¹² Ibidem, Cap. 20 Sec. C – K.

¹³ Ibidem, Anexo 20-A.

Para delimitar el alcance de la propiedad intelectual, el T-MEC se remite enteramente al Acuerdo sobre los ADPIC¹⁴, acogiendo, por lo tanto, una cobertura sensu lato de la materia¹⁵, incluyendo a los derechos de autor, las modalidades clásicas de la propiedad industrial, los datos de prueba y otros datos no divulgados, las indicaciones geográficas, los secretos industriales y la observancia de los derechos, entre otras cuestiones. Sin embargo, a diferencia del Acuerdo sobre los ADPIC, el T-MEC no incluye disposiciones sobre los esquemas de trazado de los circuitos integrados, ni de control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales. Y, por el contrario, a pesar de que el Acuerdo sobre los ADPIC no trae consigo estándares mínimos de protección sobre los derechos de obtentor, el T-MEC obliga a las Partes a ratificar o adherirse al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, hecho en París el 2 de diciembre de 1961 y revisado en Ginebra el 19 de marzo de 1991 (UPOV 1991)¹⁶.

Es decir, en términos de la propiedad intelectual, el T-MEC acoge de forma general todas las categorías del Acuerdo sobre los ADPIC, empero, desarrolla únicamente determinadas modalidades sustantivas y aspectos procedimentales en función de los intereses y necesidades subyacentes en la firma del Tratado; ya que, de lo contrario, bastaría con las obligaciones internacionales preexistentes que emanan del Acuerdo sobre los ADPIC y que fueron incorporadas oportunamente en el ordenamiento de cada una de las Partes en su condición de miembros de la OMC.

¹⁴ Ibidem, art. 20.1. Estos acuerdos de nueva generación o “ADPIC plus”, también incorporan flexibilidades a los derechos de propiedad intelectual, en la medida que toman como punto de partida el “piso” que significa el Acuerdo sobre los ADPIC.

¹⁵ Véase Correa, Carlos, Acuerdo TRIP’s, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pp. 42-44.

¹⁶ T-MEC, art. 20.7.2.d.

A partir de las disposiciones sobre propiedad intelectual que establece el T-MEC se generan obligaciones internacionales para las Partes tendientes a reforzar la protección de los derechos e incrementar sus estándares de protección¹⁷. Además, el T-MEC no supone únicamente un instrumento para incrementar los niveles de protección de la propiedad intelectual, sino, también, una herramienta de aproximación de las legislaciones de las Partes en determinados aspectos, tales como la protección de las indicaciones geográficas, el alcance de la protección de los secretos industriales y los datos de prueba, los procedimientos y plazos involucrados en la concesión de patentes, el patentamiento de productos farmacéuticos y biológicos y las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor y los derechos conexos.

IV. LAS FLEXIBILIDADES EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

Por regla general, los tratados internacionales permiten a los estados decidir la forma en que estos van a ser aplicados. Este margen de acción para la incorporación del tratado en la legislación nacional es lo que podríamos denominar como “flexibilidad” en el desarrollo interno. Sin embargo, a partir de la creación de la OMC y la consecuente elaboración del Acuerdo sobre los ADPIC, la expresión “flexibilidades” ha adquirido relevancia en la terminología de la propiedad intelectual.

Desde las negociaciones del Acuerdo sobre los ADPIC los expertos advirtieron las opciones que asistían a los miembros a la hora de incorporar en sus legislaciones las disposiciones sobre propiedad intelectual exigidas por la OMC¹⁸. Posteriormente, en las Conferen-

¹⁷ Véase Becerra, Manuel, “aspectos generales de los tratados en materia de propiedad intelectual”, en Alba, Ana y Becerra, Manuel, La propiedad intelectual en su faceta internacional. Reflexiones plurales, México, UNAM, 2023, pp. 10-15.

¹⁸ Véase Deere Birkbeck, Carolyn, The Implementation Game. The TRIPS Agreement & the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing

cias Ministeriales de la OMC de finales de los noventa, y que resultaron en la denominada Declaración de Doha del 2001¹⁹, se empezó a hablar de forma generalizada de las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC para las licencias obligatorias, las importaciones paralelas y el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual²⁰. Luego, en el contexto de la pandemia de COVID-19, el tema de las flexibilidades adquirió relevancia mundial con la propuesta de exención del Acuerdo sobre los ADPIC presentada por India y Sudáfrica en el seno de la OMC²¹.

Si bien, a causa de Doha y el COVID-19, las acciones y reflexiones respecto de las flexibilidades han girado mayoritariamente en torno al derecho a la salud y, más concretamente, sobre el acceso a medicamentos, existe consenso en la actualidad en que estas incluyen una serie de derechos y mecanismos que pueden ser desarrollados respecto de cualquier aspecto de propiedad intelectual cubierto por del Acuerdo sobre los ADPIC²².

Ahora bien, la abundante literatura institucional y académica sobre las flexibilidades, contrasta con el exiguo análisis esencial del tema, por lo que, a efectos de esta investigación, consideramos necesario realizar una aproximación al concepto y naturaleza jurídica de esta figura.

Countries, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁹ Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública (WT/MIN(01)/DEC/2), adoptada el 14 de noviembre de 2001.

²⁰ Según Deere Birkbeck, “the existence of several of these flexibilities was later confirmed by the 2001 Doha Declaration on TRIPS”. The Implementation Game... cit. p. 11.

²¹ Véase Thambisetty, Siva, McMahon, Aisling, McDonagh, Luke, Kang, Hyo y Dutfield, Graham, “Addressing Vaccine Inequity During the Covid-19 Pandemic: The Trips Intellectual Property Waiver Proposal and Beyond”, The Cambridge Law Journal, 81 (2), julio 2022, pp. 384-416.

²² Véase por todos The Implementation Game... cit. p. 68.

Entonces, podríamos definir a las flexibilidades como el margen de acción que tienen los estados para legislar e implementar políticas respecto a temas de propiedad intelectual que se derivan del Acuerdo sobre los ADPIC y de ulteriores tratados internacionales elaborados sobre la base de las obligaciones impuestas por la OMC. Esta estrategia de compatibilización, adaptación e implementación de las obligaciones internacionales adquiere mayor relevancia cuando se refiere a limitaciones, excepciones, exenciones o cualquier otra medida tomada para equilibrar el efecto de los derechos exclusivos y la observancia de las modalidades de propiedad intelectual.

Para acercarnos a la naturaleza jurídica de las flexibilidades, es menester identificar su tipología. Al respecto, y sin perjuicio de las clasificaciones propuestas por autores y organizaciones²³, tomaremos en cuenta únicamente la explicitud/implicitud de las flexibilidades en el Acuerdo sobre los ADPIC.

En ese sentido, observamos que el Acuerdo sobre los ADPIC trae consigo flexibilidades explícitas como la libertad para establecer el método de aplicación de las obligaciones, el agotamiento de los derechos, la promoción de la innovación tecnológica, la transferencia y difusión de la tecnología o la protección de la salud pública²⁴. Este tipo de flexibilidades son generales en la medida que atañen a todas las categorías a las que se refiere el Acuerdo.

Mientras que las flexibilidades explícitas y específicas son las que encontramos en las disposiciones de cada una de las modalidades, como la libertad para establecer limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos²⁵, la opción de neutralizar los

²³ Véase Sisule, Musungu y Cecilia, Oh, *The Use of Flexibilities in TRIP by Developing Countries: Can They Promote Access to Medicines?*, WHO, South Centre, Ginebra, 2006; y OMPI (CDIP), *Patent Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework and their Legislative Implementation at the National and Regional Levels*, (CDIP/6/REF/CDIP/5/4 REV), Ginebra, 2010.

²⁴ Acuerdo sobre los ADPIC, arts. 1, 6, 7 y 8.

²⁵ Acuerdo sobre los ADPIC, art. 13. Cabe destacar que esta disposición amplía

condicionamientos para establecer excepciones a los derechos de patente en función de los intereses legítimos de terceros²⁶ o los usos sin autorización del titular de la patente²⁷.

En cualquiera de los casos, estas, que hemos llamado flexibilidades explícitas, se desprenden expresamente del texto del Acuerdo sobre los ADPIC. Es decir, que deberían ser interpretadas de conformidad con las disposiciones del Derecho de los tratados y las normas y mecanismos propios de la OMC²⁸. Por lo tanto, y sin adentrarnos en el heterogéneo ámbito del Derecho internacional público, diremos que las flexibilidades sobre propiedad intelectual deberían interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente de las palabras empleadas, de acuerdo con el contexto y en consideración a su objeto y fin²⁹.

Además, para implementar las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC, aparte de cumplir con los estándares mínimos de protección de los derechos de propiedad intelectual, se debería tomar en cuenta los objetivos y fines del Acuerdo, entre los que se encuentra la consideración de los objetivos sobre desarrollo y tecnología y

las limitaciones y excepciones a todos los derechos exclusivos o patrimoniales, mientras que el artículo 9.2 del Convenio de Berna se refería únicamente al derecho de reproducción.

²⁶ Acuerdo sobre los ADPIC, art. 26.2.

²⁷ Acuerdo sobre los ADPIC, art. 31. De aquí se desprende la posibilidad de conceder licencias no voluntarias u obligatorias sobre la materia patentada. Véase al respecto Acuerdo TRIP's... cit. pp. 141-152.

²⁸ Las diferencias sobre propiedad intelectual en la OMC deberían tomar como punto de partida la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969; y, en lo que atañe a los aspectos de propiedad intelectual, las obligaciones del Acuerdo sobre los ADPIC y, de ser el caso, la información fáctica proporcionada por la OMPI. Véase al respecto Núñez Rocha, Hernán, "La solución de diferencias en el seno de la OMC en materia de propiedad intelectual", Documentos de Trabajo IELAT, núm. 26, 2011.

²⁹ Véase Becerra, Manuel, Derecho de los Tratados. Teoría y práctica, UNAM, México, volumen XXI, 2020, p. 90; y, Acuerdo TRIP's... cit., pp. 49.

el reconocimiento de que la protección y observancia deben favorecer el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones³⁰.

Ahora bien, existen muchos otros aspectos de la propiedad intelectual que no se enmarcan en el Acuerdo sobre los ADPIC. También podemos deducir la existencia de flexibilidades en temas que no se han desarrollado plenamente en el Acuerdo, como sucede por ejemplo con la determinación del nivel inventivo y la enunciación de emergencia nacional y extrema urgencia.

Tratándose de los aspectos no enmarcados en el Acuerdo sobre los ADPIC y de no existir otras obligaciones multilaterales, regionales o bilaterales al respecto, los estados tienen total libertad de establecer leyes y políticas sobre este tipo de modalidades, de acuerdo con su sistema y cultura jurídica y en función de las propias jerarquías normativas de su ordenamiento. Esto ha sucedido con modalidades mercantiles como la protección de las invenciones menores³¹ los modelos de utilidad³², la imagen comercial³³ o con objetos de protección sui géneris como las especialidades tradicionales garantizadas y los conocimientos tradicionales.

³⁰ Acuerdo sobre los ADPIC, Preámbulo y arts. 7 y 8.

³¹ Con el propósito de incentivar la innovación de sus inventores, algunos ordenamientos establecieron sistemas de protección de “pequeñas patentes”. Al respecto, Otero Lastres menciona a las short term patent en Irlanda y las six year patent en Bélgica y Holanda. Véase Otero Lastres, José, “Modalidades de la Propiedad Industrial”, en Fernández-Nóvoa, Carlos, Otero Lastres, José y Botana Agra, Manuel, Manual de la Propiedad Industrial, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 62.

³² Acuerdo TRIP’s... cit. p. 42-43.

³³ El trade dress, imagen comercial o presentación comercial es un tipo de creación que no suele contar con un régimen propio en los ordenamientos jurídicos, siendo protegido normalmente por modalidades de la propiedad industrial, el derecho de autor y la competencia desleal. Véase al respecto Fernández, Cristina. “La protección de la presentación comercial en el Common Law: Estados Unidos - Trade Dress y Gran Bretaña - Get Up”, RGPP, núm. 5, 2000, pp. 101-122; Massaguer Fuentes, José, “Por un replanteamiento de la protección jurídica de las presentaciones comerciales”, La Ley Mercantil, 2019, p. 2.; y, Núñez Rocha, Hernán, Las marcas tridimensionales

En cuanto a las temáticas que no se han desarrollado suficientemente en el Acuerdo sobre los ADPIC, es importante señalar la voluntad aparente de los negociadores para dejar un margen de libertad a los miembros de la OMC, en atención a las marcadas diferencias que existen en sus prácticas jurídicas³⁴.

En definitiva, podemos decir que, ya sea por mención u omisión, todas las flexibilidades encuentran su fundamento jurídico en el Acuerdo sobre los ADPIC, por lo que podrían ser implementadas siempre que sean compatibles con este tratado internacional. Empero, para determinar la “compatibilidad”, tendríamos que tomar en consideración el contenido de todo el Acuerdo de forma sistemática, ponderando las obligaciones de protección con las demás disposiciones, entre las que se encuentran —evidentemente— las propias flexibilidades³⁵.

IV. LAS FLEXIBILIDADES GENERALES PREVISTAS EN EL T-MEC

En lo que atañe a las flexibilidades, el TMEC contiene disposiciones generales aplicables a todos los temas del Tratado y disposiciones específicas desarrolladas en el capítulo de la propiedad intelectual. A continuación, analizaremos las flexibilidades derivadas de las disposiciones generales.

y el carácter distintivo adquirido por el uso. Un análisis comparado del Derecho Español y el Ordenamiento Jurídico Andino, UAH, 2021, pp. 203-210.

³⁴ Otra interpretación sugiere que el concepto de flexibilidades se basa en la “vaguedad” de algunas cláusulas del acuerdo. Patent Related Flexibilities... cit. p. 11.

³⁵ Cfr. interpretaciones del órgano de solución de diferencias de la OMC WT/DS50/AB/R, India — Patentes (Estados Unidos); y WT/DS176/AB/R, Estados Unidos — Artículo 211 de la Ley de Asignaciones. Sobre las tendencias de interpretación del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, véase “La solución de diferencias en el seno de la OMC...” cit.

Para analizar las disposiciones generales debemos tomar en cuenta principalmente el Preámbulo del TMEC³⁶, en donde encontramos declaraciones y criterios de interpretación del Tratado. La mayoría de estos criterios están enfocados en el espíritu eminentemente mercantil del acuerdo, lo cual, devela desde el principio mismo de su texto la relevancia del comercio y la inversión para las Partes.

No obstante, a pesar de ese enfoque economicista, el Preámbulo también proporciona lineamientos de moderación del libre comercio, bajo la premisa de que el empoderamiento de ciertos sujetos –aparentemente vulnerables al aperturismo³⁷–, la corrección de distorsiones al comercio, el reconocimiento de la soberanía de las Partes y el respeto de contados derechos fundamentales contribuiría al fortalecimiento de la producción, la competitividad y el crecimiento económico.

En ese sentido, se establecen propósitos enfocados en la igualdad de género³⁸, la inserción de las mujeres en actividades comerciales y financieras³⁹, el respeto de los derechos laborales⁴⁰, la concurrencia mercantil de los pueblos indígenas⁴¹ y la participación económica y social de las micro, pequeñas y medianas empresas⁴².

³⁶ Una explicación profunda sobre la interpretación de los preámbulos puede consultarse en Corriente Córdoba, José, Valoración jurídica de los preámbulos de los Tratados Internacionales, EUNSA, Pamplona, 1973.

³⁷ Decimos “aparentemente” ya que no existe un reconocimiento expreso de dicha condición en el texto del Tratado.

³⁸ T-MEC, Preámbulo, párr 18.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ibidem, párr 14.

⁴¹ Ibidem, párr 17.

⁴² Ibidem, párr 6.

De igual manera, el Preámbulo expresa la intención de contribuir al fortalecimiento de la competitividad de las empresas de las Partes, así como, de asegurar el correcto funcionamiento del mercado y el crecimiento económico.

Para eso, las Partes expresan su determinación en “mejorar y promover la competitividad de las exportaciones y empresas regionales en los mercados globales, y las condiciones de competencia justa en la región”⁴³, lo cual, a nuestro entender, puede concretarse a través de una interpretación sistemática de las normas sobre la protección y observancia de los derechos exclusivos, la represión de la competencia desleal y la garantía de la libre competencia, de conformidad con los objetivos de política pública reconocidos en el propio capítulo de propiedad intelectual⁴⁴.

Asimismo, una de las principales razones que justifican la sustitución del TLCAN por el T-MEC, es el apoyo al “comercio mutuamente benéfico que conduzca a mercados más libres y justos, y un crecimiento económico sólido en la región”⁴⁵. Del citado párrafo, podemos destacar tres principales aspectos: i) El comercio entre las Partes debe perseguir su beneficio recíproco; ii) La pretensión de alcanzar mercados justos goza de la misma jerarquía que el libre-cambismo, lo cual supondría la imposibilidad de supeditar medidas –como el uso de flexibilidades– a la protección del comercio y la inversión; y, iii) El objetivo del crecimiento económico sólido comprende el desarrollo de un mercado regional cohesionado, sin fisuras, ni asimetrías.

En lo que respecta a las trabas para el intercambio de bienes y servicios, el Preámbulo del T-MEC dispone el compromiso de las Partes para “eliminar los obstáculos al comercio internacional que

⁴³ Ibidem, párr 5.

⁴⁴ El artículo 20.4: del T-MEC reconoce la necesidad de “fomentar la competencia, así como mercados abiertos y eficientes” de conformidad con los objetivos de política pública de las Partes.

⁴⁵ T-MEC, Preámbulo, párr 3.

sean más restrictivos de lo necesario”⁴⁶. En cuyo caso, si bien las Partes adquieren obligaciones tendientes a erradicar las barreras a los intercambios comerciales, compete a cada una de ellas, de acuerdo con su propio sistema y práctica jurídicos, definir lo que considera como “necesario”. Con lo cual, cabría la posibilidad de implementar medidas de atenuación de los derechos exclusivos, aun cuando estas se interpreten como obstáculos comerciales, en cuanto resulten “necesarias” para el desarrollo de las flexibilidades consagradas en el propio Tratado.

Por otro lado, el Preámbulo también trae consigo declaraciones que refuerzan la soberanía de las Partes para legislar y ejecutar políticas públicas, como la que citamos a continuación:

RECONOCER sus derechos inherentes para regular y su determinación a preservar la flexibilidad de las Partes para establecer prioridades legislativas y regulatorias, y proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad, la protección del medio ambiente, la conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos, la integridad y estabilidad del sistema financiero y la moral pública, de conformidad con los derechos y obligaciones dispuestos en este Tratado⁴⁷.

Como no podía ser de otra forma, el T-MEC reconoce la competencia soberana que conservan las Partes para promulgar normas. Este postulado es coherente con la naturaleza jurídica de los acuerdos comerciales que, sin perjuicio de la institucionalidad derivada

⁴⁶ Ibidem, párr 12. Nótese que en este tema el T-MEC va más allá que el Acuerdo sobre los ADPIC al utilizar la expresión “eliminar” en lugar de “reducir”.

⁴⁷ T-MEC, Preámbulo, párr 9.

y sus mecanismos de cooperación, no implica una atribución de competencias legislativas como sucede con las organizaciones supranacionales como la Unión Europea⁴⁸ y la Comunidad Andina⁴⁹.

En la misma línea de ideas, se reconoce la facultad que tienen las Partes para determinar sus prioridades legislativas, regulatorias y de política pública, enfocadas, especialmente, en la protección de sus objetivos legítimos de bienestar público. Esta declaración se refiere a la potestad que tienen los estados para implementar normas, directrices y actividades de acuerdo con sus planes y necesidades y de conformidad con los derechos y obligaciones derivados del Tratado.

Entonces, en el ámbito de propiedad intelectual, las Partes tendrían la prerrogativa de implementar medidas legislativas y de otra índole para asegurar, entre otras cosas, el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, los servicios y prestaciones sociales y la atención eficaz y oportuna de las circunstancias de emergencia nacional y extrema urgencia. Para ello, cada una de ellas podría determinar sus prioridades y objetivos, así como, definir el “bienestar público”, ya que la enumeración de asuntos que proporciona el Tratado (salud pública, seguridad, medio ambiente, etc.) es de carácter ilustrativo y no exhaustivo.

⁴⁸ Véase Muñoz Machado, S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1986, p. 37; Martín y Pérez de Nanclares, J., *El sistema de competencias de la Comunidad Europea. Germen iusinternacionalista versus vocación federal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 143; Mangas, Araceli, “Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado constitucional de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 57, pp. 49-74; y, Enoch, A., “La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados Miembros. (Hacia una lógica constitucional más visible de la atribución de competencias de la Unión)”, *RVAP*, n. 65, p. 46.

⁴⁹ Véase Sáchica, Luis., *Introducción al derecho comunitario andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985, p.11; Tremolada, Erick., “Los pilares jurídicos de la Comunidad Andina: ¿elementos decisivos para su supervivencia?”, *OASIS*, 2007, pp. 321-322; y, Plata, Luis. y Yepes, Dona., “Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas”, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n. 31, 2009, pp. 203-207.

Continuando con el Preámbulo, este se refiere a la tutela de derechos fundamentales específicos como uno de los medios para alcanzar los objetivos comerciales del Tratado. Disponiendo: “PROTEGER la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y fomentar la toma de decisiones basadas en la ciencia mientras se facilita el comercio entre ellas”⁵⁰.

Como puede observarse, el enfoque comercial del T-MEC no solo supone un reconocimiento marginal e instrumental de ciertos derechos fundamentales, como son la salud, la vida y la alimentación de las personas, sino que, dicho reconocimiento, se concreta a través de una redacción vaga y ambigua.

A pesar de la comentada imprecisión, entendemos que el T-MEC procura evitar la promulgación de medidas que afecten al comercio, incitando a las Partes a proteger estos derechos fundamentales sin interferir en el libre intercambio de bienes y servicios. No obstante, esta interpretación debería ser entendida como una regla general que admite excepciones, como, por ejemplo, la adopción de medidas para proteger la salud pública, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20.6 del Tratado.

Finalmente, en cuanto a la protección de la naturaleza el Preámbulo del T-MEC dictamina:

PROMOVER altos niveles de protección al medio ambiente, incluso mediante la aplicación efectiva por cada una de las Partes de sus leyes ambientales, así como a través del mejoramiento en la cooperación ambiental, y fomentando los objetivos de desarrollo sostenible, incluso mediante políticas y prácticas comerciales y ambientales que se apoyen mutuamente⁵¹.

⁵⁰ T-MEC, Preámbulo, párr 11.

⁵¹ T-MEC, Preámbulo, párr 13.

A este respecto, el T-MEC expresa la intención de promover altos niveles de protección al medio ambiente, sin matices, ni condicionamientos. Asimismo, los mecanismos de protección ambiental relacionados en este párrafo son de carácter sugestivo, por lo que, tendría cabida cualquier otra acción enfocada en la protección del medio ambiente. Por lo tanto, serían perfectamente compatibles medidas en el ámbito de la propiedad intelectual, como la exclusión de la patentabilidad de invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para evitar daños graves a la naturaleza o al medio ambiente⁵².

V. POSIBLES MEDIDAS DE EQUILIBRIO DERIVADAS DE LAS FLEXIBILIDADES DEL T-MEC

Visto el margen de maniobra que ofrecen las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC, y en consecuencia el T-MEC, proponemos posibles opciones para un país en vías de desarrollo y que ha adquirido varios compromisos internacionales en materia de propiedad intelectual, como es el caso de México. Distanciándonos de la clásica concepción de las flexibilidades, enfocadas fundamentalmente en el derecho a la salud, planteamos la implementación de medidas legislativas y de política pública que permitan la ponderación de derechos mercantiles, en particular entre titulares y competidores; y, el ejercicio efectivo de derechos no mercantiles, desde la óptica de los usuarios de obras y tecnologías.

A este planteamiento lo hemos denominado “medidas de equilibrio”, toda vez que podría constituir una herramienta de protección de los derechos de propiedad intelectual, en armonía con los fines y objetivos que persigue dicha protección, la libre competencia y el respeto a los derechos fundamentales. Todo esto, acorde a las

⁵² El artículo 20.36 del T-MEC, en concordancia con el 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, admite expresamente la exclusión de la patentabilidad de este tipo de invenciones.

obligaciones internacionales adquiridas, las flexibilidades que proporcionan los tratados y las prioridades y estrategias nacionales de política social y económica⁵³.

Siendo así, ponemos a consideración las siguientes medidas de equilibrio en el ejercicio de las flexibilidades identificadas en el marco normativo del T-MEC⁵⁴.

1. LA FUNCIÓN INSTRUMENTAL DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Al tratarse de un amplio acuerdo comercial, el T-MEC concibe la protección de la propiedad intelectual como uno de los medios para desarrollar el comercio y la inversión, promover la competitividad de las empresas de las Partes y alcanzar el desarrollo económico en la región⁵⁵.

Además, en el propio capítulo de propiedad intelectual del Tratado, siguiendo los lineamientos del Acuerdo sobre los ADPIC, se establece deliberadamente que:

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberían contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios

⁵³ En el caso de México, por ejemplo, se podría tomar en consideración el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 y los que se expidan sucesivamente.

⁵⁴ Algunas de estas medidas ya han sido implementadas en la legislación sobre propiedad intelectual del Ecuador. Véase Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Código INGENIOS), RO 899, 09-12-2016; y, Jefferson, David. “Ingenuity and the Re-Imagining of Intellectual Property: An Introduction to the Código Ingenios of Ecuador”. *European intellectual property review*, 39, 2017, pp. 21-29.

⁵⁵ *Supra*. Las flexibilidades generales previstas en el T-MEC.

de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezca el bienestar social y económico, y el equilibrio de derechos y obligaciones⁵⁶.

Este objetivo expreso del Tratado pone énfasis en dos aspectos. Primero, se refiere a la promoción de la innovación y la transferencia y difusión de la tecnología. En segundo lugar, explica que dicha meta debe alcanzarse en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezca el bienestar social y económico, así como, contribuyendo al equilibrio de derechos y obligaciones.

Dicho de otro modo, el artículo 20.2 del T-MEC consagra la naturaleza eminentemente instrumental de los derechos de propiedad intelectual, en miras de conciliar la generación y protección de la tecnología con el acceso a la misma. Esto, además de la comentada instrumentalización, supone un enfoque simétrico de la propiedad en detrimento de la tesis “absolutista” de la protección⁵⁷.

Asimismo, en atención a las características de los derechos de propiedad intelectual, se equilibra la exclusividad con el acceso a la materia protegible, asimilando la posición de los creadores y titulares con la de los competidores y consumidores⁵⁸.

⁵⁶ T-MEC, art. 20.2. El Tratado utiliza el condicional “deberían”, alejándose del objetivo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC (“deberán”), que podía ser interpretado como una obligación antes que una flexibilidad.

⁵⁷ A pesar de que el paradigma “absolutista” de la propiedad intelectual ya fue desmontado académicamente en los primeros estudios del Acuerdo sobre los ADPIC, en la esfera de la abogacía todavía es común encontrar una defensa dogmática de dicha posición. Véase por todos Carrier, Michael, “Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm”, *Duke Law Journal*, vol. 54, núm. 1, 2004, pp. 1-145.

⁵⁸ De ahí que se use la expresión “usuarios”.

Finalmente, como corolario de esta disposición, se reconoce que la adquisición y la observancia de los derechos de propiedad intelectual “están sujetos a valores sociales más elevados”⁵⁹, como son el progreso científico y tecnológico, el crecimiento económico y el bienestar y la cohesión social.

2. Ejercicio equilibrado de los derechos de propiedad intelectual

Los derechos de propiedad intelectual no son absolutos ni ilimitados. Su alcance está demarcado por la propia naturaleza jurídica de la modalidad que se trate, el objeto de protección, las limitaciones y excepciones y las salvaguardas generales y específicas contenidas en las flexibilidades internacionales.

En ese sentido, y de conformidad con las disposiciones del T-MEC, sería plenamente factible la incorporación de una regla doméstica que oriente la interpretación de las normas sobre protección y observancia de la propiedad intelectual en torno al equilibrio con otros derechos reconocidos en el Tratado y estrechamente relacionados con los bienes inmateriales.

Así, el reconocimiento de la propiedad intelectual debe guardar relación con la libre competencia, asegurando que los derechos exclusivos no signifiquen una exclusión injustificada a la concurrencia mercantil de las personas y empresas y a la disponibilidad de los activos intangibles en el comercio.

De igual forma, la protección y observancia de la propiedad intelectual debe ser armónica con los objetivos legítimos de bienestar público⁶⁰, los cuales pueden ser libremente determinados por las Partes en función de sus prioridades. Con esto, se puede evitar que la propiedad intelectual afecte los derechos relacionados con tales objetivos, como pueden ser la vida, salud, alimentación, educación, información, cultura y el progreso científico, entre otros.

⁵⁹ Acuerdo TRIP's... cit. p. 28.

⁶⁰ Supra. Las flexibilidades generales previstas en el T-MEC.

3. CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL COMO EXCEPCIÓN AL DOMINIO PÚBLICO

La libre competencia es el pilar fundamental de la economía de mercado, en donde las empresas se valen de todas las herramientas cognitivas y tecnológicas a su alcance para llevar a cabo sus actividades mercantiles. En ese escenario concurrencial, los derechos de propiedad intelectual operan como mecanismos excepcionales diseñados para incentivar la investigación y el desarrollo y facilitar la transferencia de tecnológica⁶¹.

La libre competencia supone un marco institucional y jurídico diseñado para evitar los privilegios mercantiles. Por su parte, la propiedad intelectual acarrea la constitución de derechos exclusivos oponibles erga omnes ante cualquier uso no autorizado de la materia protegible⁶².

Es por eso que el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual opera como una excepción a la libre competencia, contemplada expresamente en el ordenamiento jurídico, debido a la importancia que reviste la generación de obras e invenciones para el acervo cognitivo y tecnológico de la sociedad y la subsecuente oferta de bienes y servicios.

⁶¹ Un sector de la doctrina considera que los derechos de propiedad intelectual confieren “monopolios legales” a inventores y creadores. Véase por todos Blair, RD y Wang, W. “Monopoly Power and Intellectual Property”, en Blair, Robert y Sokol, Daniel (eds.), *The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property, and High Tech*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 204-221.

⁶² Véase al respecto Barona Villar, S., *Protección del Derecho de marcas* (aspectos procesales), Civitas, Madrid, 1992, p. 58; Muerza Esparza, J., *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho industrial y de la competencia*, CEDECES, Barcelona, 1997, p. 34; y Fernández-Nóvoa, Carlos, *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2da Edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 490-495..

Este acervo cognitivo y tecnológico al que hacemos mención es lo que en términos de la propiedad inmaterial conocemos como la esfera del dominio público, conformado por todos los bienes intelectuales libremente utilizables⁶³.

Si bien lo enunciado puede parecer evidente desde una perspectiva teórica, su reconocimiento legal aportaría a la estabilización de intereses contrapuestos que persigue las medidas de equilibrio. Una norma en ese sentido contextualizaría a la propiedad intelectual –privilegio excepcional que añade valor a las prestaciones comerciales– dentro de un espacio económico amplio, heterogéneo y concurrencial⁶⁴.

4. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL ACORDE A UNA TIPOLOGÍA DE BIENES

Como hemos reiterado en esta investigación, las obligaciones internacionales sobre propiedad intelectual derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC, y de otros acuerdos comerciales de nueva generación, contienen estándares mínimos de protección que deben ser atendidos por los estados. Sin embargo, estos umbrales pueden ser matizados en atención a las flexibilidades sobre la materia, lo cual, genera una amplia gama de posibilidades normativas en cuanto al reconocimiento, concesión, alcance, ejercicio y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual.

⁶³ Samuelson, Pamela, “Enriching Discourse on Public Domains”, *Duke Law Journal*, 2006, vol. 55, pp. 111-169.

⁶⁴ Incluso las propias normas de propiedad intelectual suelen reconocer la libre disponibilidad de ciertas creaciones para garantizar la libre competencia y el correcto funcionamiento del mercado. En el contexto mexicano, véase a modo de ejemplo el artículo 173.II de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, DOF 01-07-2020.

Por lo tanto, cabría la posibilidad de diseñar distintos esquemas normativos de propiedad intelectual en atención al tipo de bien que incorpora el derecho. Para esto, se podría clasificar a los bienes según el interés que se pretenda tutelar.

En la actualidad, la única experiencia regional en ese sentido constituye el caso ecuatoriano⁶⁵ en donde se recurrió a una tipología de bienes conformada por las siguientes cuatro categorías:

- Bienes que garantizan derechos fundamentales, considerados de interés público, en cuyo caso se simplifica la declaratoria de exención de la protección y el otorgamiento de licencias obligatorias.

- Bienes relacionados con los sectores estratégicos, que tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, tales como la energía, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad o el agua⁶⁶. En estos casos el estado puede exigir la transferencia de tecnología como parte de la contraprestación requerida en los procesos de concesión o prestación de servicios en estos sectores.

- Bienes relacionados a la biodiversidad y los conocimientos tradicionales⁶⁷. Se dispone la participación del Estado en la titularidad de las modalidades de propiedad intelectual y otros derechos afines que recaigan sobre procedimientos y productos obtenidos a partir de la biodiversidad. En caso de que dichos desarrollos tecnológico utilicen componente intangible asociado, se reconoce la participación equitativa de los legítimos poseedores.

⁶⁵ Código INGENIOS, arts. 89-94.

⁶⁶ Así lo reconoce el artículo 313 de la Constitución ecuatoriana.

⁶⁷ Los cuales tienen regímenes específicos de protección acorde al Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Nagoya y lo dispuesto principalmente en los artículos 57.12 y 322 de la Constitución ecuatoriana.

- Los demás bienes, considerados como bienes de mercado, sobre los cuales no hay previsiones generales de equilibrio. En estos casos, cabría incluso la incorporación de estándares más altos de los exigidos por las obligaciones internacionales.

Como se puede observar, la tipología de bienes es una herramienta que podría ser adaptada por los estados en función de sus marcos constitucionales y sus prioridades de política pública. En el caso de México, consideramos que sería plenamente compatible con las disposiciones del T-MEC, en la medida que se enfoque en la consecución del “interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico”⁶⁸.

5. IRRENUNCIABILIDAD DE LIMITACIONES Y EXCEPCIONES

Vistas las disposiciones sustantivas del T-MEC, nada impide a las partes garantizar el libre ejercicio de las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual. Además, la irrenunciabilidad de limitaciones y excepciones es una medida idónea para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual y de las prácticas restrictivas del comercio y la transferencia de tecnología⁶⁹.

Una previsión en ese sentido no afecta las condiciones exigidas para el establecimiento de limitaciones y excepciones⁷⁰, tampoco generaliza los usos sin autorización del titular, ya que su naturaleza permanece intacta. Sigue siendo una facultad que tienen los usuarios en la medida que se ajusten a los requisitos exigidos por cada modalidad.

⁶⁸ T-MEC, art. 20.3.1.

⁶⁹ Ibidem, art. 20.3.2.

⁷⁰ Cfr. Convenio de Berna, art. 9.2; y, Acuerdo sobre los ADPIC, arts. 13, 17, 30.

Por el contrario, contribuye al correcto funcionamiento del mercado, nivelando las relaciones asimétricas; ya que, situaciones, como las de posición dominante, pueden menoscabar el ejercicio de las limitaciones y excepciones a través de prácticas contractuales. Lo cual, en última instancia, distorsiona el alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

6. LA INTERPRETACIÓN ORGÁNICA Y SISTEMÁTICA EN CONFLICTOS SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL

Esta medida implica que los jueces y autoridades administrativas deberán resolver los litigios sobre propiedad intelectual en atención a todas las normas del ordenamiento jurídico que tengan relación con el objeto controvertido, tomando en consideración –evidentemente– el sistema de fuentes formales y la jerarquía normativa.

Al respecto, las normas sobre propiedad intelectual deberían tener prevalencia en los aspectos relacionados con la protección y observancia, en virtud de la especialidad de la materia; mientras, que las cuestiones contrapuestas, como las referentes a la libre competencia, el respecto a los derechos fundamentales y las prioridades de política pública, tendrían que ser atendidas desde sus propias fuentes normativas.

Este ejercicio de interpretación orgánica y sistemática aporta los elementos necesarios para garantizar la “protección y observancia adecuadas y efectivas de los derechos de propiedad intelectual”⁷¹, sin detrimento de otros derechos mercantiles y en apego al sistema de protección de los derechos fundamentales⁷².

⁷¹ T-MEC, art. 20.5.

⁷² Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 1. DOF 22-03-2024.

VI. CONCLUSIONES

Con todo lo analizado en este trabajo, podemos afirmar que las flexibilidades de los tratados internacionales son perfectamente compatibles con los estándares altos de protección de la propiedad intelectual.

El desarrollo de las flexibilidades corresponde con la naturaleza instrumental de los derechos de propiedad intelectual y reafirma los distintos objetivos legislativos y de política pública que se pueden alcanzar con un enfoque estratégico de la materia.

En la esfera mercantil, las flexibilidades equilibran la adquisición y observancia de las modalidades de la propiedad intelectual con otros derechos igual de relevantes para el comercio y la inversión, como son la libre competencia y el acceso a la tecnología y el conocimiento.

La propiedad intelectual tiene que contribuir al desarrollo económico y el bienestar social. Sus normas deben perseguir el fomento de la creatividad y la innovación y deben incorporar previsiones específicas para advertir y sancionar el abuso del derecho.

Al mismo tiempo, con el uso de las flexibilidades, el sistema de propiedad intelectual refuerza el ámbito de actuación de otras ramas del Derecho encargadas del respeto y la protección de los derechos fundamentales.

Las flexibilidades deben favorecer el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en situaciones de normalidad. En casos de emergencia nacional o extrema urgencia, podría limitarse o exceptuarse transitoriamente la observancia de la propiedad intelectual, en miras de garantizar la vigencia de los derechos humanos, al menos en su contenido esencial.

Existen diversas formas de implementación de los estándares de protección. El alto grado de armonización que tienen la mayoría de las legislaciones, a causa de los tratados internacionales, no debería ser un desincentivo para que los estados exploren nuevos mecanismos de protección y equilibrio de derechos.

Los países en desarrollo y los menos adelantados deberían liderar el estudio y la aplicación de las flexibilidades, lo cual, además, podría aportar a la heterogeneización de las tendencias de interpretación de los tratados, dominadas por la visión de los países desarrollados.

Las medidas de equilibrio propuestas en este estudio son un ejemplo del margen de maniobra que gozan los estados, a pesar de las obligaciones que se desprenden de los tratados de nueva generación y que incorporan disposiciones sobre propiedad intelectual.

El T-MEC, a la par que eleva los criterios de protección de la propiedad intelectual, mantiene las flexibilidades dispuestas en el Acuerdo sobre los ADPIC, permitiendo a las Partes la implementación de medidas legislativas y de política pública para proteger el derecho a la salud.

Asimismo, el Tratado incorpora un abanico de opciones que van más allá de la salud pública, toda vez que faculta a las Partes la aplicación de medidas de equilibrio concernientes a la competitividad de sus empresas, el correcto funcionamiento del mercado, el crecimiento económico y la protección de sus objetivos legítimos de bienestar público.

Países como México deberían ensayar la efectividad de las medidas de equilibrio y de cualquier otra flexibilidad que consideren oportuna, para cerciorarse que estas cumplen su objetivo. Para ello es importante contar con políticas de estado sostenidas, así como, con acciones de capacitación e involucramiento de los actores relacionados con el sistema de propiedad intelectual. Caso contrario, las medidas podrían ser desaprovechadas o defraudadas por vía reglamentaria o la praxis administrativa.

La compatibilidad plena con las obligaciones internacionales tendría que ser verificada ex ante y ex post con respecto a la promulgación de la norma, ya que, todos los análisis teóricos de compatibilidad que subyacen en la implementación de medidas tienen que ser contrastados y puestos a prueba en los mecanismos de cooperación y solución de diferencias que traen consigo el Acuerdo sobre los ADPIC y el propio T-MEC.

VII. FUENTES CONSULTADAS

- ALBA, ANA Y BECERRA, MANUEL, LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN SU FACETA INTERNACIONAL. REFLEXIONES PLURALES, MÉXICO, UNAM, 2023.
- BARONA VILLAR, S., PROTECCIÓN DEL DERECHO DE MARCAS (ASPECTOS PROCESALES), CIVITAS, MADRID, 1992.
- BECCERRA, MANUEL, DERECHO DE LOS TRATADOS. TEORÍA Y PRÁCTICA, UNAM, MÉXICO, VOLUMEN XXI, 2020.
- BECCERRA, MANUEL, “EL PROTOCOLO MODIFICATORIO AL T-MEC. SU RECEPCIÓN EN DERECHO INTERNO”, ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, MÉXICO, VOLUMEN XXI, 2021, pp. 983-985.
- BLAIR, RD Y WANG, W. “MONOPOLY POWER AND INTELLECTUAL PROPERTY”, EN BLAIR, ROBERT Y SOKOL, DANIEL (EDS.), THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF ANTITRUST, INTELLECTUAL PROPERTY, AND HIGH TECH, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, CAMBRIDGE, 2017, pp. 204-221.
- CARRIER, MICHAEL, “CABINING INTELLECTUAL PROPERTY THROUGH A PROPERTY PARADIGM”, DUKE LAW JOURNAL, VOL. 54, NÚM. 1, 2004, pp. 1-145.
- CORREA, CARLOS, ACUERDO TRIP’S, BUENOS AIRES, CIUDAD ARGENTINA, 1998.

- CORRIENTE CÓRDOBA, JOSÉ, VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS PREÁMBULOS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES, EUNSA, PAMPLONA, 1973.
- DEERE BIRKBECK, CAROLYN, THE IMPLEMENTATION GAME. THE TRIPS AGREEMENT & THE GLOBAL POLITICS OF INTELLECTUAL PROPERTY REFORM IN DEVELOPING COUNTRIES, OXFORD, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2009.
- ENOCH, A., “LA DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN Y LOS ESTADOS MIEMBROS. (HACIA UNA LÓGICA CONSTITUCIONAL MÁS VISIBLE DE LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN)”, RVAP, N. 65, P. 46.
- FERNÁNDEZ, CRISTINA. “LA PROTECCIÓN DE LA PRESENTACIÓN COMERCIAL EN EL COMMON LAW: ESTADOS UNIDOS - TRADE DRESS Y GRAN BRETAÑA - GET UP”, RGPP, NÚM. 5, 2000, PP. 101-122.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, CARLOS, TRATADO SOBRE DERECHO DE MARCAS, 2DA EDICIÓN, MARCIAL PONS, MADRID, 2004.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, CARLOS, OTERO LASTRES, JOSÉ Y BOTANA AGRA, MANUEL, MANUAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, MARCIAL PONS, MADRID, 2017.
- JEFFERSON, DAVID. “INGENUITY AND THE RE-IMAGINING OF INTELLECTUAL PROPERTY: AN INTRODUCTION TO THE CÓDIGO INGENIOS OF ECUADOR”. EUROPEAN INTELLECTUAL PROPERTY REVIEW, 39, 2017, PP. 21-29.
- MANGAS, ARACELI, “DELIMITACIÓN Y MODO DE EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA”, REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, N. 57, PP. 49-74
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., EL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA. GERMEN IUSINTERNACIONALISTA VERSUS VOCACIÓN FEDERAL, MC GRAW HILL, MADRID, 1997.
- MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “POR UN REPLANTEAMIENTO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PRESENTACIONES COMERCIALES”, LA LEY MERCANTIL, 2019, P. 2.

- MUERZA ESPARZA, J., ASPECTOS PROCESALES DE LAS ACCIONES DE CESACIÓN Y PROHIBICIÓN DE DAÑOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INDUSTRIAL Y DE LA COMPETENCIA, CEDECS, BARCELONA, 1997.
- MUÑOZ MACHADO, S., EL ESTADO, EL DERECHO INTERNO Y LA COMUNIDAD EUROPEA, MADRID, CIVITAS, 1986.
- NÚÑEZ ROCHA, HERNÁN, LAS MARCAS TRIDIMENSIONALES Y EL CARÁCTER DISTINTIVO ADQUIRIDO POR EL USO. UN ANÁLISIS COMPARADO DEL DERECHO ESPAÑOL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDINO, UAH, 2021.
- NÚÑEZ ROCHA, HERNÁN, “LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL SENO DE LA OMC EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL”, DOCUMENTOS DE TRABAJO IELAT, NÚM. 26, 2011.
- OMPI (CDIP), PATENT RELATED FLEXIBILITIES IN THE MULTILATERAL LEGAL FRAMEWORK AND THEIR LEGISLATIVE IMPLEMENTATION AT THE NATIONAL AND REGIONAL LEVELS, (CDIP/6/REF/CDIP/5/4 REV), GINEBRA, 2010.
- PLATA, LUIS. Y YEPES, DONA., “NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS COMUNITARIAS ANDINAS”, REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL NORTE, N. 31, 2009, PP. 196-223.
- ROSS, JULIE-CHASEN, WASSERMAN, JESSICA, “TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS” EN STEWART, TERENCE (ED.), THE GATT-URUGUAY ROUND A NEGOTIATING HISTORY (1986–1992), VOL. II, BOSTON, KLUWER LAW INTERNATIONAL, 1993.
- SÁCHICA, LUIS., INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMUNITARIO ANDINO, TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA, QUITO, 1985.
- SAMUELSON, PAMELA, “ENRICHING DISCOURSE ON PUBLIC DOMAINS”, DUKE LAW JOURNAL, 2006, VOL. 55, PP. 111-169.
- SISULE, MUSUNGU Y CECILIA, OH, THE USE OF FLEXIBILITIES IN TRIP BY DEVELOPING COUNTRIES: CAN THEY PROMOTE ACCESS TO MEDICINES?, WHO, SOUTH CENTRE, GINEBRA, 2006.

THAMBISETTY, SIVA, McMAHON, AISLING, McDONAGH, LUKE, KANG, HYO Y DUTFIELD, GRAHAM, “ADDRESSING VACCINE INEQUITY DURING THE COVID-19 PANDEMIC: THE TRIPS INTELLECTUAL PROPERTY WAIVER PROPOSAL AND BEYOND”, THE CAMBRIDGE LAW JOURNAL, 81 (2), JULIO 2022, PP. 384-416.

TREMOLADA, ERICK., “LOS PILARES JURÍDICOS DE LA COMUNIDAD ANDINA: ¿ELEMENTOS DECISIVOS PARA SU SUPERVIVENCIA?”, OASIS, 2007, PP. 317-436.