



Propiedad intelectual en el TPP Las verdaderas consecuencias para Chile

En general se mantienen los estándares del TLC bilateral, pero un análisis más detallado revela varias áreas en las que estos no representarían una convención del todo pacífica e incluso podrían implicar demandas de otros países al Estado chileno.



El Tratado de Asociación Transpacífico –conocido como TPP por sus siglas en inglés– aborda aspectos tan diversos como tarifas arancelarias, normas medioambientales, estándares laborales y servicios transfronterizos. De ser ratificado, constituirá la mayor área de libre comercio del mundo. Pero más allá del criticado secretismo en las negociaciones de este ambicioso acuerdo, es el capítulo de propiedad intelectual el que ha provocado las discusiones más intensas entre los doce países signatarios. El gobierno de Chile, sin embargo, ha sostenido que en esta materia no ha contraído ninguna obligación superior a los estándares del TLC con Estados Unidos, ya en vigor hace más de una década.

Aclaremos primero que bajo el concepto general de “propiedad intelectual” anglosajón se incluyen materias diversas, propias de la propiedad industrial (marcas comerciales, patentes de invención, variedades vegetales) como de la propiedad intelectual propiamente tal; esto es, el derecho de autor sobre las creaciones artísticas (obras audiovisuales, literarias, musicales, programas computacionales, entre otros).

En materia de propiedad industrial es cierto que en general se mantienen los estándares del TLC bilateral. Pero un análisis más detallado revela varias áreas en las que estos estándares no representarían una convención del todo pacífica.

La polémica de los “biológicos”

Uno de los temas estratégicos en materia de patentes farmacéuticas está dado por la protección de los datos de prueba, que deben presentarse ante el Instituto de Salud Pública (ISP), al solicitar una autorización sanitaria para comercializar un nuevo medicamento.

Hasta hoy Chile reconoce un plazo de cinco años de protección para esta “información no divulgada” de datos de prueba de nuevas entidades químicas. Vale decir, el ISP mantiene en secreto estos datos de prueba, que solo podrán ser divulgados a partir del sexto año, para efectos de que los laboratorios competidores puedan elaborar productos genéricos o

biosimilares a la droga original. Dicha protección de cinco años se ha extendido, en la práctica, no solo a las nuevas entidades químicas, sino igualmente a las biológicas, interpretando extensivamente las disposiciones de nuestra Ley de Propiedad Industrial.

No obstante, el polémico artículo 18.51 del TPP requiere que los países miembros reconozcan una protección específica para estos datos de prueba no divulgados respecto de nuevas entidades biológicas, por un periodo de “al menos ocho años” desde la aprobación sanitaria del producto o, alternativa-mente, por un periodo de cinco años, pero “estableciendo otras medidas que contribuyan a la efectiva protección comercial y brinden un resultado comparable en el mercado...” (resultado comparable al de la protección de ocho años que se establece como norma general, se entiende del sentido lógico y literal de la norma).

El controvertido “linkage” farmacéutico

Desde la entrada en vigencia del TLC con Estados Unidos, Chile se comprometió a implementar un sistema de enlace (*linkage*, en inglés) entre las autoridades que examinan y conceden patentes de invención –en nuestro caso el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI)- y las que deben autorizar la comercialización de nuevos fármacos, como el ISP, de modo que estas últimas puedan rechazar la autorización en caso de que el producto vulnere una patente de invención vigente.

Apelando a una interpretación discutiblemente restrictiva, Chile ha sostenido históricamente que en realidad el ISP no otorga una “autorización de comercialización” en los términos del TLC, sino una “autorización sanitaria” que solo garantiza las condiciones de seguridad y salubridad pública que debe reunir el producto, mas no que efectivamente se

Apelando a una interpretación discutiblemente restrictiva, Chile ha sostenido históricamente que en realidad el ISP no otorga una “autorización de comercialización” en los términos del TLC, sino una “autorización sanitaria”.



El controvertido Protocolo de Madrid establece un sistema de registro internacional de marcas que ha sido rechazado en general por los países en desarrollo, en tanto favorecería las solicitudes multinacionales.

trate de un producto legítimo desde el punto de vista de la propiedad industrial. Vale decir, que no viole patentes vigentes de terceros otorgadas por INAPI.

Esta interpretación le ha valido a Chile ser considerado por la Oficina de Comercio Norteamericana como una parte en incumplimiento del TLC en esta materia, razón por la cual ha sido incluido año tras año en “*priority watchlist*” o “lista roja” de países en observancia

por no cumplir con los estándares comprometidos en materia de propiedad industrial.

El TPP aparentemente no cambia nada, pero podría cambiarlo todo: una nota al pie es la encargada de clarificar que para efectos del tratado el concepto de “autorización de comercialización” será sinónimo de “autorización sanitaria”, independiente de lo que indique la norma interna del país miembro.

He aquí un ejemplo que quizás resume las consecuencias que sí podría tener la ratificación de los mismos estándares de propiedad intelectual ya reconocidos por Chile, por medio de este nuevo instrumento. El TPP se encarga de redefinir y aclarar materias ya establecidas en los tratados que le preceden, de modo de evitar interpretaciones unilaterales que, en la práctica de la última década, han redundado en controversias o incumplimientos.

A esto se suma un hecho no menor, como es que

los mecanismos de resolución de controversias del TPP difieren radicalmente de los contenidos en el TLC, especialmente al incluir los llamados “ISDS” (del inglés *Investor-State Dispute Settlement*) que eventualmente permitirían a las empresas afectadas por incumplimientos demandar al Estado de Chile. En otras palabras, el TPP otorgaría nuevas herramientas (los famosos “dientes” de observancia) para casos de incumplimiento de los mismos estándares ya reconocidos hace más de diez años en el TCL bilateral.

Marcas, variedades vegetales y plantas

Independiente de los mecanismos de solución de controversias, fuera de lo ya indicado el TPP plantea pocas novedades en propiedad industrial. La patentabilidad de invenciones derivadas de plantas, más allá de la polémica que rodea a los detractores de este tipo de derechos, sigue básicamente la misma línea de nuestra Ley de Propiedad Industrial. El tratado reconoce, igualmente, la llamada protección suplementaria para las patentes que sean afectadas por demoras injustificadas en su examen de fondo por parte de INAPI.

En materia de marcas comerciales, la mayor novedad está dada por una suerte de alternativa, que permitiría a los Estados miembros optar por suscribir el Tratado de Singapur –que armoniza normas de procedimiento, sin que podamos vaticinar un impacto relevante a nivel interno–, o bien el controvertido Protocolo de Madrid, que establece un sistema de registro internacional de marcas que ha sido rechazado en general por los países en desarrollo, en tanto favorecería las solicitudes multinacionales

a riesgo de delegar la jurisdicción de las oficinas de marcas locales. El gobierno ya ha adelantado que se inclinaría por Singapur.

Respecto de los obtentores y variedades vegetales tampoco innova el TPP, en la medida que adhiere al estándar del Tratado de 1991 de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) ya ratificado por Chile, aunque aún pendiente de implementación interna (a través de la mal llamada “Ley Monsanto”, pendiente de aprobación en el Congreso), por lo cual se sigue aplicando, en la *praxis*, el estándar UPOV 78’. Sin perjuicio, claro está, de las consecuencias que este tipo de incumplimientos podría traer ahora en el nuevo foro del TPP.

Tecnología y derecho de autor

El TPP plantea pocas novedades en propiedad industrial, pero en materia de derecho de autor sí hay cambios relevantes a nuestra legislación, principalmente en lo que se refiere a los mecanismos de observancia de derechos ante infracciones en internet, y a la regulación de las medidas tecnológicas de protección (TPM’s, por sus siglas en inglés).

Ha sido este capítulo el que ha concitado mayor agitación, debido al secretismo en sus negociaciones y ante el temor –aparentemente infundado, a la luz del texto literal del tratado–, de que la aplicación de normas supranacionales en materia de mecanismos de “bajada” de contenidos infractores en internet, así como de normas de encriptación y quebrantamiento de códigos o sistemas tecnológicos, afectase la libertad de expresión *online* o incluso sirviese de excusa para la vigilancia y violación de la privacidad de los usuarios por parte de organismos gubernamentales, como la temida NSA norteamericana.

En el apartado sobre empresas proveedoras de servicios de internet (ISP), el TPP establece el mismo sistema de “puerto seguro” que Chile adoptó en el TLC con Estados Unidos, que consagra el principio de cooperación entre ISP’s y titulares de derechos ante casos de infracción, para efectos de notificar y obtener la inhabilitación del contenido, asegurando al ISP ser eximido de responsabilidad. Aún más, paradójicamente el TPP usa a Chile como ejemplo, al otorgar como alternativa para cualquier Estado miembro el adscribir a la misma sección del TLC

Chile-USA de 2003, para efectos de cumplir con este estándar. Pero no nos engañemos: a nivel bilateral la situación respecto de este capítulo es muy similar a la del *linkage* farmacéutico, ya que Estados Unidos ha considerado que el garantista sistema de notificación judicial implementado en la reforma de 2010 a la Ley de Propiedad Intelectual –que hasta la fecha no se ha utilizado ni una sola vez– no cumple con lo acordado en el TLC, incluyéndolo igualmente de manera sistemática en la “lista roja” que publica anualmente su Oficina de Comercio.

Es en materia de medidas tecnológicas de protección, finalmente, donde se avizoran los mayores cambios que podemos advertir en el capítulo de propiedad intelectual, ya que las TPM han sido materia de incumplimiento permanente del TLC con Estados Unidos. El vacío legal ha permitido la proliferación de decodificadores satelitales que violan las señales encriptadas de TV de pago en Chile, así como la ausencia de sanciones para perseguir la decodificación de juegos de video o programas computacionales, en forma independiente de la violación de los respectivos derechos de autor. Las disposiciones del TPP no han estado exentas de polémica, por cuanto la obligación de establecer sanciones al quebrantamiento de una TPM, incluso si con posterioridad no se incurre en una violación de derecho de autor, debe nuevamente contrastarse con una nota al pie, que exime de esta sanción independiente “al Estado que ya sancione dicho acto a través de otros medios”. Esto ha llevado a interpretaciones tan aventuradas como sostener que bastaría que Chile cumpla al considerarlo simplemente como una agravante penal, en clara contradicción con el espíritu y alcance de lo acordado en el tratado. 🚫



Chile ha sido incluido año tras año en “*priority watchlist*” o “lista roja” de países en observancia por no cumplir con los estándares comprometidos en materia de propiedad industrial.