

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

## Propiedad intelectual y transferencia de tecnologías ecológicamente racionales: apuntes sobre el preámbulo, los objetivos y principios del acuerdo sobre los ADPIC

*Intellectual property and transfer of environmentally sound technologies: notes on the preamble, the objectives and principles of the trips agreement*

**Alina Escobar Dominguez**   
alina.escobar@lex.uh.cu

**Marta Milagros Moreno Cruz**   
marta.moreno@lex.uh.cu

*Universidad de La Habana, La Habana, Cuba*

**RESUMEN** La transferencia de las tecnologías ecológicamente racionales (TER) se coloca frente a problemas que demandan un marco legal eficaz. Las Naciones Unidas promueven una transferencia efectiva de estas tecnologías pero es importante considerar el papel de los derechos de propiedad intelectual. El Acuerdo sobre los ADPIC establece estándares mínimos a nivel internacional en materia de propiedad intelectual, incluyendo a las patentes. El Acuerdo contiene obligaciones específicas que pueden afectar la transferencia de las tecnologías limpias. Es importante considerar cómo puede el Acuerdo sobre los ADPIC lograr la transferencia de estas tecnologías. A este respecto el Preámbulo, los Objetivos y Principios son determinantes, así como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la jurisprudencia de la OMC. Finalmente para Cuba, país en desarrollo y Miembro de la OMC este tema es de suma importancia.

**PALABRAS CLAVES** Tecnología; transferencia; tecnologías ecológicamente racionales; propiedad intelectual; acuerdo sobre los ADPIC.



Este trabajo está sujeto a una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional Creative Commons (CC BY 4.0).

**ABSTRACT** The transfer of environmentally sound technologies (EST) poses particular problems that require an enabling legal framework. The United Nations Organization promotes effective transfer of these technologies; however the role of intellectual property rights must also be considered. The TRIPS Agreement sets minimum standards in the international rules governing intellectual property, including patents, and contains specific obligations that may affect the transfer of clean technologies. It is important to examine how the TRIPS Agreement can achieve the transfer of these technologies. In this regard the Preamble, Objectives and Principles are crucial, as are the Vienna Convention on the Law of Treaties and WTO jurisprudence. Finally for Cuba, a developing country and WTO Member, this topic is very important.

**KEYWORDS** Technology; transfer; environmentally sound technologies; intellectual property; TRIPS Agreement.

## 1. Introducción

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático establece que las Partes tomarán medidas para promover, facilitar y financiar la transferencia de tecnologías y conocimientos prácticos ambientalmente sanos<sup>1</sup>.

Lograr que esta Convención cumpla lo propuesto tiene implicaciones que trascienden lo económico y jurídico, con una contundente carga ética y política<sup>2</sup>.

Lo anterior no minimiza la necesidad urgente de contar con un marco jurídico adecuado que favorezca la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales (TER).

Las TER son aquellas tecnologías que protegen el medio ambiente, son menos contaminantes, utilizan los recursos de forma más sostenible, reciclan una mayor porción de sus desechos y productos y tratan los desechos residuales en formas más aceptables que las tecnologías que han venido a sustituir<sup>3</sup>.

El Programa o Agenda 21 es un documento que fue adoptado en la Cumbre de Río de 1992 para promover el desarrollo sostenible, que contiene un plan de acción con impacto en lo medioambiental, lo económico y lo social.

La tecnología y su uso es una de las formas de abordar la cuestión del enfrentamiento al cambio climático y así se ha consagrado en instrumentos jurídicos internacionales, en las legislaciones nacionales y en las políticas públicas de los Estados.

De especial relevancia resulta el ordenamiento jurídico en materia de propiedad intelectual. La proliferación de patentes, incluyendo aquellas relativas a las tecnolo-

---

1. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992).

2. ARRASTÍA y LIMIA (2011) p. 40.

3. Programa 21, capítulo 34 (1992). Se utilizan igualmente como sinónimos los términos tecnologías limpias; tecnologías ambientalmente sanas y tecnologías para combatir el cambio climático.

gías para enfrentar el cambio climático, puede erigirse en obstáculo a la innovación y crear barreras a la transferencia de estas tecnologías a los países en desarrollo. Así las cosas abordar el papel de los derechos de propiedad intelectual es tarea imposter-gable.

Los derechos de propiedad intelectual son de naturaleza monopólica, exclusiva y privada y conceden poder a su titular y es así como estas tecnologías para combatir el cambio climático quedan en manos de unos pocos<sup>4</sup>.

Son varias las modalidades de la propiedad intelectual que potencialmente inci-den en el acceso a estas tecnologías, entre ellas: las patentes, las marcas, los secretos comerciales, las variedades vegetales y la regulación de la competencia desleal. Pero es innegable que las patentes ocupan el centro del debate.

Por ejemplo en el caso de las energías renovables las estadísticas expresan con elocuencia lo mencionado: entre 2010 y 2019 se ubicaban como los países con mayor cantidad de patentes los siguientes: Japón, Estados Unidos, Alemania, Corea del Sur, China, Dinamarca, Francia, Reino Unido, España e Italia<sup>5</sup>.

Abordar y trabajar todo lo relativo al cambio climático es una de las urgencias del siglo XXI. Independientemente de las posturas nadie puede negar las consecuencias que tiene para la sociedad<sup>6</sup>.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relaciona-dos con el Comercio, firmado en 1994 y en vigor desde 1995, (Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC)) estableció por primera vez normas internacionales mínimas en materia de propiedad intelectual a nivel internacional.

La entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC marcó un hito en este debate. Los derechos de propiedad intelectual y su impacto en temas como la salud pública, la seguridad alimentaria, los derechos humanos y la disponibilidad de la tecnología han despertado especial atención. En este contexto se inserta la relación entre los derechos de propiedad intelectual y el acceso a las TER.

La naturaleza privada de estos derechos ha sido reconocida en el Acuerdo y sobre ella ya hay pronunciamientos en la jurisprudencia de la OMC. En el caso *China-Derechos de propiedad intelectual* el Grupo Especial ha recordado a la partes la naturaleza privada de estos derechos<sup>7</sup>.

---

4. BROWN (2019) p. 1

5. Economics and Statistics Division, WIPO (2020). Disponible en: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2020/01/article\\_0008.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2020/01/article_0008.html) (Fecha de consulta: 20 de agosto de 2022).

6. Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático “Calentamiento Global de 1,5 C” (2018). Disponible en: <https://www.ipcc.ch/sr15/> (Fecha de consulta: 22 de mayo de 2022).

7. GRUPO ESPECIAL, DS362 China— Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual (2009).

El Acuerdo sobre los ADPIC contempla algunas flexibilidades para que los Miembros puedan aplicar sus disposiciones, de manera que sean compatibles con sus objetivos de política, pero lamentablemente no se le han prestado demasiada atención. De hecho, son muchos los miembros de la OMC que nunca han hecho uso de dichas flexibilidades, o las han utilizado de forma muy limitada<sup>8</sup>.

Ciertamente en materia de tecnología, el único “acuerdo” del Acuerdo sobre los ADPIC hasta la fecha, ha sido protegerla por la vía de los derechos de propiedad intelectual, quedando como asunto pendiente y relegado todo lo relativo a su transferencia y difusión<sup>9</sup>.

Si bien el Acuerdo se negoció tomando como base instrumentos preexistentes como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, fue mucho más lejos y ha devenido en el instrumento más importante para la protección de estos derechos a escala internacional.

Lejos de lograr la difusión y la transferencia de la tecnología el Acuerdo ha servido de base para que algunas leyes de patentes permitan la apropiación del conocimiento científico, incluso de aquellos que por su naturaleza debían permanecer en dominio público<sup>10</sup>.

La soberanía regulatoria de los Estados, en lo que a la protección de las tecnologías atañe, quedó seriamente afectada después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC. El Artículo 27.1 del Acuerdo establece la protección mediante patentes en todos los campos de la tecnología.

Queda poco margen de maniobra para el legislador nacional de un país que sea Miembro de la OMC. A este respecto, contar con políticas públicas robustas que respalden legislaciones de patentes con todas las flexibilidades posibles es tarea imprescindible.

Para los países en desarrollo urge el análisis de cómo repercuten los derechos de propiedad intelectual al momento de acceder a estas tecnologías limpias, sobre todo cuando para muchos es asignatura pendiente cambiar la matriz energética. Tal es el caso de Cuba, país que atraviesa una crisis energética sin precedentes.

Para los países de América Latina, tal como se ha expresado, es tiempo de pasar a una transición energética, siendo las energías renovables un poderoso motor para el crecimiento, para combatir la pobreza, crear empleos y contribuir a la acción climática. Igualmente si bien durante la pandemia la región vivió una caída de la inversión extranjera directa, las energías renovables se mantuvieron como el sector de mayor interés<sup>11</sup>.

---

8. CORREA (2012) p. 10.

9. PRABHAT (2011) p. 28.

10. CORREA (2016) p. 11.

11. CEPAL (2021) Disponible en: <https://www.cepal.org/es/noticias/america-latina-caribe-tiene-todas-condiciones-convertirse-un-hub-energia-renovable-gran>. (Fecha de consulta: 2 de septiembre de 2022).

## 2. La transferencia de tecnologías ecológicamente racionales y su relación con la propiedad intelectual

Una pluralidad de instrumentos internacionales, acuerdos regionales y bilaterales contienen disposiciones en materia de transferencia de tecnología. Según su naturaleza, cumplen objetivos generales o específicos e indican o no obligaciones y aunque contienen diferentes enfoques, todas convergen en la necesidad de promover el acceso a las tecnologías, especialmente a los países en desarrollo y a los países menos adelantados.

Existen diferentes conceptos de transferencia de tecnología y entre ellos se encuentran los que elaboran los organismos internacionales.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) la ha definido como la “*transferencia de conocimiento sistemático para la elaboración de un producto, la aplicación de un proceso o la prestación de un servicio*”<sup>12</sup>.

A pesar de ser un concepto del siglo pasado resulta muy acertado en tanto logra abarcar cómo el conocimiento que se transfiere es medular para diferentes objetivos, dígase alcanzar un producto, brindar un servicio o lograr que culmine un proceso.

El Proyecto de Código de Conducta sobre Transferencia de Tecnología de la UNCTAD, en que se consagró este concepto, nunca llegó a aprobarse a pesar de que la situación que lo provocó muy poco ha cambiado desde entonces. En aquellos días, tal como ocurre ahora, los países en desarrollo apenas lograban beneficiarse de las oportunidades que traen el avance de la ciencia y la tecnología.

En el Capítulo 34 de la Agenda 21 de Naciones Unidas, al hacer alusión a la peliaguda cuestión de la transferencia de tecnología, se apunta “*la transmisión de la tecnología comprende el intercambio de conocimientos, bienes, servicios y procedimientos de organización*”<sup>13</sup>. Puede verse como se encuentra en correspondencia con la definición de la UNCTAD de 1983.

Por su parte la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en su objetivo número 9 plantea la necesidad de apoyar a los países en desarrollo en materia de tecnologías, investigación e innovación garantizado para ello un entorno normativo propicio. Asimismo la Agenda mandata la transferencia de las tecnologías ecológicamente racionales a países en desarrollo en condiciones favorables<sup>14</sup>.

Particularmente vulnerables resultan los países en desarrollo y los menos adelantados para los cuáles es un reto cada vez más difícil, al ser primordialmente importadores netos de tecnologías.

---

12. UNCTAD (1983) p. 2.

13. NN.UU. (1992) Programa 21.

14. Agenda 2030 (2015) p. 4.

En la misma línea de los datos ofrecidos en la parte introductoria vale mencionar que en 2019 la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) ha publicado su informe sobre Tecnologías de Mitigación del Cambio Climático 2006-2019, que menciona los países de residencia de los inventores de las familias de patente en energías renovables. Los cinco primeros países son los Estados Unidos, Japón, Dinamarca, Corea del Sur y China.

En materia de cambio climático, el potencial de producir las tecnologías para la mitigación está especialmente en los países industrializados<sup>15</sup>.

La comunidad internacional reconoce que los derechos de propiedad intelectual, la transferencia de tecnología y el financiamiento, figuran entre los tópicos que deben ser tratados si se quieren buscar soluciones al cambio climático desde un escenario de desarrollo sostenible<sup>16</sup>.

Para alcanzar sus objetivos de políticas los países en desarrollo enfrentan retos como: cambios demográficos, menor capacidad tecnológica y de innovación, diversificación lenta, debilidad de los mecanismos de financiación y derechos de propiedad intelectual y transferencia de tecnología.

En cuanto a este último reto se reconoce como la estricta protección de la propiedad intelectual restringe el uso de tecnologías que podrían ser valiosas en áreas como la agricultura, la salud y la energía<sup>17</sup>.

La relación entre la protección de estos derechos y el comercio internacional fue polémica desde el nacimiento del sistema de propiedad intelectual. El primer intento de negociar un acuerdo internacional en la materia en el último cuarto del siglo XIX, en específico sobre patentes, enfrentó en Europa el conflicto entre los defensores y los que lo veían como un obstáculo al libre comercio<sup>18</sup>.

De manera que puede asegurarse que los derechos de propiedad intelectual, y en especial las patentes han estado intrínsecamente asociados a la generación, difusión y publicación de las tecnologías desde hace mucho tiempo. Muy ilustrativo es que en el año 1961 Brasil presentó la Resolución 1713 a la Asamblea General de Naciones Unidas, titulada *“El rol de las patentes en la transferencia de tecnología a los países subdesarrollados”*.

La Resolución afirmaba que el sistema internacional de patentes debía ser aplicado tomando en cuenta las necesidades especiales y los requerimientos de desarrollo económico de los países subdesarrollados.

---

15. REY SANTOS (2016) p. 78.

16. RIMMER (2018) p. 2.

17. UNCTAD (2021).

18. ROFFE (2009) p. 77.

Si bien esto es cierto, el vínculo entre estos derechos y las TER no es comparable con lo que ocurre en el sector farmacéutico, en el que una patente puede impedir el acceso a un fármaco al no existir sustituto, en tanto existen muchas de estas tecnologías que se encuentran en dominio público<sup>19</sup>.

El impacto de estos derechos en el acceso a las tecnologías limpias se encuentra, como tantas otras cuestiones inherentes al desarrollo sostenible, en el medio de posiciones antagónicas. Los países industrializados conciben estos derechos como componente esencial para promover la innovación y los segundos piden que sea más flexible la protección y que no devenga en un obstáculo para el acceso.

Por un lado están los derechos privados y, transferir tecnologías protegidas puede atender contra esa recompensa individual y máxima del titular que persigue desde sus orígenes el sistema de patentes, y por otro está la imperiosa necesidad de acceder a estas tecnologías a costos razonables. Por tanto enfrentar esta dicotomía requiere soluciones innovadoras, multidireccionales y que involucren a diferentes actores.

Tal como se ha señalado la protección a través de las patentes y a su vez las limitaciones a esta protección son dos caras de la misma moneda, siendo elementos integrales de la gobernanza de las patentes, las limitaciones resultan cruciales para el equilibrio del sistema y no una mera opción que pueda ser utilizada *ad libitum*<sup>20</sup>.

Asimismo es imperativo fomentar alianzas entre el sector público y privado para la investigación, el desarrollo y la transferencia de las TER.

Este tipo de estrategias ya existen para combatir algunas enfermedades transmisibles que no reconocen fronteras<sup>21</sup>.

Esta problemática ha trascendido el tradicional conflicto binario Norte-Sur, pues incluso en la propia agenda de la Unión Europea se ha incluido el análisis de una Directiva sobre Energía Limpia que trate la relación entre la legislación sobre patentes y el cambio climático<sup>22</sup>. Este proyecto de legislación comunitaria contemplaría opciones que, desde el derecho de patentes, coadyuven a la lucha contra el cambio climático.

La Ley del Aire Limpio de los Estados Unidos es una muestra de cómo medidas domésticas han estado conducidas a buscar salidas. En la misma se estipula la concesión de licencias obligatorias, si la invención patentada es necesaria para cumplir con los objetivos de reducción de emisiones.

---

19. BARTON (2007) p. 10.

20. INSTITUTO MAX PLANCK (2014) Declaración sobre Protección de Patentes Soberanía Regulatoria bajo el ADPIC. Disponible en: [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung\\_aktuell/04\\_declaration\\_on\\_patent/declaration\\_2015-10-07\\_espanol.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/04_declaration_on_patent/declaration_2015-10-07_espanol.pdf). (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2022).

21. CHON (2019) p. 15.

22. HEINZE (2021) p. 2.

La Sección 308 establece que si se busca cumplir con los estándares de la mencionada Ley y no se logra por estar patentada la tecnología y ser no viable un acuerdo con el titular, los Estados Unidos mandatan al titular a conceder una licencia obligatoria, pactándose para ello el pago de regalías razonables<sup>23</sup>.

Por su parte, la *Atomic Energy Act* tiene disposiciones similares, teniendo la Comisión de Energía Atómica de los Estados Unidos la facultad de determinar cuándo se otorga una licencia obligatoria, así como cuáles serían las regalías a pagar. En el archiconocido caso *Toyota-Paice* de 2006 se otorgaron licencias obligatorias con relación a tres patentes relacionadas con mejoras a vehículos híbridos<sup>24</sup>.

Años después, justo en 2019, Toyota anunció que permitiría el libre uso de alrededor de 24 000 patentes sobre tecnologías de vehículos híbridos, lo que según expertos fue realizado para fortalecer este sector y no como un gesto altruista. Al existir un monopolio de las patentes muchos fabricantes de vehículos prefirieron transitar hacia la fabricación de autos eléctricos, lo que al parecer no respondía a los intereses comerciales de Toyota<sup>25</sup>.

De cualquier manera esta acción “de cooperación” denota cómo pueden licenciarse libremente tecnologías patentadas antes de que expiren, sin que ello afecte significativamente las ganancias de los titulares.

Por su parte la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) hace significativos esfuerzos en este sentido, entre ellos se destaca la plataforma WIPO GREEN, que constituye un foro sobre tecnología ecológica que tiene por objeto agilizar el desarrollo y la implantación de tecnologías ecológicas en todo el mundo, poniendo en contacto a proveedores de tecnología y servicios con quienes demandan soluciones innovadoras para los problemas ambientales a los que se enfrentan. La base de datos WIPO GREEN ofrece una amplia lista de productos y servicios derivados de tecnologías ecológicas y de activos de propiedad intelectual y tiene un carácter gratuito.

### **3. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC): preámbulo, objetivos y principios.**

La entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC, tras concluir las negociaciones de la Ronda Uruguay, cambió radicalmente el sistema multilateral de comercio al incluir la protección de los derechos de propiedad intelectual. Las opciones de política usa-

---

23. BERNADINI (2021) p. 302.

24. Paice LLC v. Toyota Motor Corporation (2007).

25. Meyer-Dulheuer MD Legal Patentanwälte PartG mbB (2019) Disponible en: <https://legal-patent.com/patent-law/toyota-releases-licenses-almost-24000-hybrid-patents/>. (Fecha de consulta: 7 de julio de 2022).

das durante todo el desarrollo industrial de las naciones más avanzadas quedaron de súbito seriamente limitadas para los países en desarrollo y menos adelantados. Países como Japón y Corea del Sur, por solo citar ejemplos, alcanzaron un gran desarrollo tecnológico con laxos sistemas de protección de la propiedad intelectual<sup>26</sup>.

El Acuerdo regula los derechos de propiedad intelectual, incluyendo normas sustantivas y de observancia con mucha precisión, lo que no tenía precedentes en el ordenamiento jurídico multilateral.

Como ya se mencionó antes, a la luz del Artículo 27.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, podrán obtenerse patentes para todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología.

Esta regla de no discriminación que busca proteger a los solicitantes/titulares de las patentes contra medidas arbitrarias que socaven sus derechos, ya sea por campo de la tecnología, lugar de la invención u origen de los productos, ha sido extensamente cuestionada. De interés resulta cómo la legislación francesa de patentes ha establecido una diferenciación en el caso de los productos farmacéuticos en su disposición sobre licencias obligatorias, y hasta el momento no ha sido objeto de demandas o cuestionamientos por otros Miembros de la OMC<sup>27</sup>.

La libertad de excluir áreas de la patentabilidad que hasta el momento había dado el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial<sup>28</sup> parece suprimida en la era post-ADPIC. El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, instrumento administrado por la OMPI fue pionero en contener disposiciones de derecho internacional público con derechos y obligaciones para los Estados miembros<sup>29</sup>. A la luz de nuestros días no cabe duda de que el Convenio de París creó un escenario mucho más propicio para promover la innovación y el comercio.

Es así como los miembros de la OMC, obligados a cumplir con este Acuerdo vinculante en su totalidad, no pueden establecer excepciones o exclusiones a la patentabilidad únicamente por razón del campo tecnológico (piénsese en medicamentos, vacunas, equipos médicos, tecnologías limpias, etc.).

La pandemia de COVID-19 ha logrado, como nunca en la historia de la protección de las patentes, evidenciar que el sistema y los acuerdos internacionales que lo amparan son incapaces de responder a situaciones de emergencia global (ya sea de salud pública o de cualquier otra naturaleza como la relativa al cambio climático). Tal como señaló la Carta Abierta del Centro Sur estas tecnologías deberían estar ampliamente

---

26. UNCTAD-ICTSD (2005) p. 3.

27. UNCTAD-ICTSD (2005) p. 374.

28. Convenio de París (1883).

29. BODENHAUSEN (1969) p. 5.

disponibles y los intereses comerciales apoyados por la titularidad de derechos de propiedad intelectual no deberían prevalecer cuando están en juego derechos humanos<sup>30</sup>.

No obstante, se coincide plenamente con lo recogido en la Declaración sobre Protección de Patentes que precisa que sí puede haber diferenciación en función de la tecnología de que se trate, y una de las aristas es cuando se persigue el logro de objetivos de política pública<sup>31</sup>. Un ejemplo de esta diferenciación es lo que figura en la legislación francesa a la que ya se hizo alusión.

Por lo explicado cualquier arista de este espinoso asunto de los derechos de propiedad intelectual y el acceso a las TER descansa en la consideración de las opciones que brinda el articulado de este instrumento de la OMC y a su potencial aplicación en la práctica. Resultan de particular interés el Preámbulo, Objetivos y Principios del Acuerdo en tanto repercuten en la parte sustantiva del texto.

Tanto el Preámbulo como los Objetivos y Principios, que tienen implicaciones para temas como salud pública, nutrición, seguridad alimentaria y cambio climático, son prácticamente olvidados cuando se ponen en conflicto los derechos de propiedad intelectual y el acceso a “bienes” protegidos.

Llama la atención como la propia OMC al referirse a las disposiciones del Acuerdo que más se vinculan con la transferencia de las TER no menciona ni el Preámbulo ni los Artículos 7 y 8,<sup>32</sup> a pesar de ser parte de las llamadas flexibilidades.

Es preciso acotar que el término flexibilidades, ampliamente usado después de la entrada en vigor del Acuerdo, sólo aparece en este texto en el párrafo 6 del Preámbulo y en el Artículo 66.1, en ambos casos relacionados con los países menos adelantados y los períodos de transición. Aunque no hay reconocimiento expreso no queda restringida su aplicación a los países menos adelantados, y se pueden aplicar a diferentes formas de interpretar y aplicar el instrumento multilateral.

En este sentido resulta trascendental que la Declaración de Doha sobre ADPIC y Salud Pública de la OMC, aprobada en 2001, recogió el término flexibilidad en su párrafo 4 en un sentido mucho más amplio<sup>33</sup>.

---

30. CENTRO SUR (2020).

31. INSTITUTO MAX PLANCK (2014) Declaración sobre Protección de Patentes Soberanía Regulatoria bajo el ADPIC. Disponible en: [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung\\_aktuell/04\\_declaration\\_on\\_patent/declaration\\_2015-10-07\\_espanol.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/04_declaration_on_patent/declaration_2015-10-07_espanol.pdf). (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2022) p. 4.

32. TAUBMAN y WATAL (2010) p. 3.

33. CORREA y HILTY (2022) p. 12.

Tal como ha expresado la OMPI las flexibilidades se derivan del normal ejercicio de la aplicación de los tratados (en este caso es el Acuerdo sobre los ADPIC), ofreciendo todos los tratados opciones en lo que respecta a las decisiones y elecciones de los países a la hora de aplicarlos<sup>34</sup>.

En el Preámbulo del Acuerdo los Miembros reconocen los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales de protección de los derechos con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología e insisten en la importancia de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo<sup>35</sup>.

Por otra parte y en consonancia con lo anterior, los Artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC establecen los Objetivos y Principios. En el caso del Artículo 7 queda establecido que la protección y la observancia de los derechos deberán contribuir a la innovación y a la transferencia y difusión de la tecnología; mientras el Artículo 8 brinda a los Miembros la posibilidad de adoptar medidas necesarias para proteger la salud, la nutrición o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico.

Se podría entender que con la aplicación de Preámbulo, Objetivos y Principios, que hacen parte de las llamadas flexibilidades del Acuerdo, se facilita el acceso a las TER, siempre y cuando esté justificada y no se realice de manera arbitraria o abusiva.

Asimismo al amparo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá el texto también el preámbulo y los anexos<sup>36</sup>. Igualmente el Artículo 31 del propio instrumento dispone que un tratado se interprete teniendo en cuenta su objeto y su fin.

El desafío para aplicar esta regla de interpretación se deriva de los intereses contrapuestos de los negociadores del Acuerdo e incluso de los que han adoptado con posterioridad el mismo tras su adhesión a la OMC.

Como se ha señalado por los expertos en la Convención de Viena resulta extremadamente engorroso encontrar que todos los intereses coincidan y no siempre se puede seguir la ruta del método teleológico de interpretación de los tratados por el cual se acatará lo consignado en los objetivos y principios, sin tener otros elementos en cuenta<sup>37</sup>.

---

34. OMPI (2010) p. 8.

35. ACUERDO SOBRE LOS ADPIC (1995).

36. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados adoptada en Viena (1969) p. 9.

37. SINCLAIR (1984) p. 131.

Dicho esto, no hay dudas de la aplicabilidad de la Convención de Viena al momento de interpretación de las normas del Acuerdo sobre los ADPIC, lo cual no implica que se generen nuevos compromisos o menoscaben los ya contraídos<sup>38</sup>.

Asimismo el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC en su Artículo 3.2, al referirse al sistema de solución de controversias de la Organización afirma que sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos y para aclarar las disposiciones de los mismos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público<sup>39</sup>. Queda evidenciado así que, de acuerdo al Entendimiento, puede ser aplicable la Convención de Viena.

De tal suerte al examinar un asunto como la materia patentable o los requisitos de patentabilidad, para este tipo de tecnologías, debe contemplarse lo que está recogido en el texto preambular y en los Artículos 7 y 8 del Acuerdo.

Los Artículos 7 y 8 del Acuerdo han de servir como una guía para formular y equilibrar el sistema de propiedad intelectual de acuerdo a las políticas públicas, incluyendo aquellas relativas a la transferencia y difusión de las tecnologías limpias<sup>40</sup>.

Por su parte la jurisprudencia OMC ya se ha pronunciado, sólo que muy discretamente. De especial interés resulta la constatación del Órgano de Apelación en el caso “*DS 170: Canadá-Período de protección mediante patente*”, en que reconoció la función que cumplen los Artículos 7 y 8 para interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC. En este fallo el Órgano reconoce que ambas disposiciones aguardan por una adecuada interpretación<sup>41</sup>.

Los países Miembros de la OMC que persigan la soberanía regulatoria para legislar en sede de derechos de propiedad intelectual pueden, cumpliendo con lo establecido en el Acuerdo sobre los ADPIC, servirse del margen de maniobra que les confiere el preámbulo y los Objetivos y Principios del Acuerdo sobre los ADPIC.

---

38. CORREA (2016) p. 5.

39. Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, Anexo 2 (1995) OMC.

40. ROMERO (2020) p. 1.

41. DS 170- Canadá - Período de protección mediante patente –WT/DS170/10. Laudo arbitral de 28 de febrero de 2001 (OMC).

#### 4. Breves apuntes sobre la importancia para Cuba

Para Cuba la cuestión de las tecnologías limpias cobra cada día mayor relevancia. Además de los beneficios medioambientales y económicos es una cuestión de seguridad nacional.

Desde 2014 Cuba aprobó la Política para el Desarrollo de las Fuentes Renovables de Energía hasta 2030, con la meta de llegar al 37 por ciento de la generación de electricidad con fuentes limpias. En cambio es un proceso que marcha extremadamente lento debido a disímiles factores<sup>42</sup>.

Es así como queda consignado en la Ley 118 de Inversión Extranjera que uno de los objetivos que persigue la inversión extranjera es el cambio de la matriz energética del país mediante el aprovechamiento de fuentes renovables de energía<sup>43</sup>.

Como país en desarrollo, el acceso a estas tecnologías limpias es indispensable y la propiedad intelectual no debe convertirse en un obstáculo adicional.

Cuba, país Miembro de la OMC, ha de cumplir con lo establecido en el Acuerdo sobre los ADPIC y es así como el ordenamiento jurídico está de conformidad con los estándares mínimos de este instrumento.

Se protegen las patentes para todos los campos de la tecnología, y las excepciones, exclusiones y limitaciones a los derechos de patentes son los que pueden establecerse bajo las reglas de la OMC<sup>44</sup>.

En correspondencia con esta voluntad de cumplir a cabalidad los compromisos internacionales en este terreno y, de proteger a nivel doméstico los derechos sobre la propiedad intelectual está la Constitución de la República de 2019<sup>45</sup>.

Podría vislumbrarse una situación conflictual entre la necesidad de acceso a las TER y la protección que se confiere por las normas cubanas a la propiedad intelectual.

Empero, con sapiencia el legislador cubano ha hecho suyo el espacio para regular que le otorga la parte preambular y los Objetivos y Principios del Acuerdo sobre los ADPIC.

El Decreto-Ley 290, legislación sobre patentes, establece que la nueva legislación debe posibilitar contrarrestar el ejercicio abusivo de los derechos que se adquieran o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificada el comercio, así como salvaguardar los derechos que le asisten al país de adoptar las medidas necesarias

---

42. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS DE CUBA (2021): "Cuba requiere transformar su matriz energética hacia fuentes limpias" de 26 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.minem.gob.cu/es/noticias/minem/cuba-requiere-transformar-su-matriz-energetica-hacia-fuentes-limpias>. (Fecha de consulta: 20 de junio de 2022).

43. Ley No. 118, de 2014.

44. Decreto-Ley 290, de 2011.

45. Constitución de la República de Cuba, de 2019.

para proteger la salud pública, el acceso a los medicamentos, así como proteger la nutrición de la población y otros objetivos fundamentales de política general pública.

A tenor con lo expresado en el Decreto-Ley 290 figura el texto constitucional sobre estos derechos, cuando al reconocerlos acota que se ejercen por los creadores y titulares en correspondencia con la ley y en función de las políticas públicas.

Así las cosas, el marco regulatorio de la propiedad intelectual cubano es favorable a la adopción de políticas que promuevan el acceso a estas tecnologías ecológicamente racionales.

No obstante, la temática requiere extrema atención. Cuba, por razones bien conocidas, ha permanecido relativamente al margen de presiones de acuerdos regionales y bilaterales con normas ADPIC-PLUS que socavan la autonomía en lo que a propiedad intelectual respecta, pero esta situación pudiera cambiar. Cualquier acuerdo que contenga disposiciones que atenten contra la aplicación de las flexibilidades del ADPIC debe ser evaluado concienzudamente.

Como es conocido en las últimas décadas muchos Estados se han enfrentado a un régimen legal e institucional crecientemente complejo conformado por un entramado de compromisos multilaterales, regionales y bilaterales que limitan sus libertades<sup>46</sup>.

## 5. Conclusiones

La relación entre la propiedad intelectual y el acceso a las tecnologías ecológicamente racionales es objeto de un fuerte debate a nivel internacional.

Los organismos de las Naciones Unidas registran una pluralidad de esfuerzos encaminados a fomentar la transferencia de tecnología, lo que comprende a las TER. Queda claro que no pueden crearse planes de desarrollo que no tengan contemplados la transferencia de tecnología, que debe ser además concebida de manera holística.

El Acuerdo sobre los ADPIC, en vigor desde 1995, insertó en las normas multilaterales de comercio los derechos de propiedad intelectual. Ya antes de su adopción los países en desarrollo lo habían identificado como un asunto contencioso que traería enormes desafíos<sup>47</sup>.

La realidad es que las disposiciones del Acuerdo para fomentar la transferencia de tecnología y la innovación se han convertido en letra muerta.

Muy preocupante es el caso de las tecnologías limpias que están bajo el monopolio de unos pocos países. Lo anterior, sin desestimar que para el acceso a estas tecnologías hay otras barreras como la falta de capacidad técnica, financiera y de infraestructura.

En lo que respecta al Acuerdo sobre los ADPIC y su interpretación, para facilitar la adopción de políticas y normas jurídicas que coadyuven a la transferencia de estas

---

46. Max Planck Institute (2016).

47. SABANNA (2006) p. 15.

tecnologías limpias, resultan de especial relevancia su Preámbulo y sus Objetivos y Principios.

Tanto lo que taxativamente disponen, como su análisis a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pueden erigirse en un sólido argumento a favor de la transferencia de estas tecnologías.

La jurisprudencia OMC, específicamente un fallo del Órgano de Apelación en el caso *Canadá-Período de protección mediante patente*, también sostienen la aplicabilidad de las mencionadas partes del Acuerdo. En consonancia está también el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC.

Específicamente en el caso de Cuba, es mandatorio modificar la matriz energética, convirtiéndose en un asunto de seguridad nacional. Como país Miembro de la OMC Cuba cumple con lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC y tanto la legislación sobre patentes, como la Constitución de la República, respaldan la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Acertadamente ambos textos se valen de la libertad para legislar que se deriva de los compromisos internacionales, creando un ambiente amigable para la transferencia de las tecnologías limpias, lo que no implica tomar las medidas para que los nuevos acuerdos que se negocien no sean de naturaleza ADPIC-PLUS.

### **Sobre las autoras**

Alina Escobar Dominguez es Profesora Auxiliar, Máster en Ciencias en Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual, área de investigación: derecho de patentes, derecho de marcas, tecnologías y cambio climático.

Marta Milagros Moreno Cruz es Profesora Titular, Doctora en Ciencias Jurídicas, actualmente Vicerrectora de la Universidad de La Habana, y Presidenta de la Sociedad de Derecho Económico y Financiero de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, área de investigación: Propiedad Intelectual, Derecho Económico, transferencia de tecnología, ciencia en las Universidades.

### **Referencias bibliográficas**

ARRASTÍA, Mario A. y LIMIA, Miriam (2011). *Energía y Cambio Climático* (La Habana, Cuba, Editorial Academia).

BARTON, John H. (2007). *Intellectual Property and Access to Clean Energy Technologies in Developing Countries: An Analysis of Solar Photovoltaic, Biofuels and Wind Technologies*. (Geneva, Switzerland, Edition ICTSD).

BERNADINI, Jessica (2021). *Leveraging mandatory licensing under the clean air act — a novel framework to domestic reduction of greenhouse gases* (United States, Edition Lewis & Clark Law School).

- BODENHAUSEN, Georg Hendrik Christiaan (1969). *Guía para la Aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial* (Ginebra, Suiza, Edición de BIRPI).
- BROWN, Abbe E.L. (2019). *Intellectual Property, Climate Change and Technology : Managing National Legal Intersections, Relationships and Conflicts*. (Reino Unido: Editorial Edward Elgar Publishing).
- CENTRO SUR (2020). *Carta abierta de Carlos Correa, Director Ejecutivo del Centro Sur: La pandemia de Covid-19: el acceso a la prevención y el tratamiento es una cuestión de seguridad nacional e internacional* (Ginebra, Editorial Centro Sur).
- CHON, Margaret (2019). *Recasting Intellectual Property in Light of the U.N. Sustainable Development Goals: Toward Knowledge Governance*. Disponible en: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/faculty/822>. (Fecha de consulta: 5 de agosto de 2022).
- CORREA, Carlos M. y HILTY, Reto M. (2022). *Access to Medicines and Vaccines Implementing Flexibilities Under Intellectual Property Law* (Suiza/Alemania, Editorial: SPRINGER, South Centre, Max Planck Institute for Innovation and Competition).
- CORREA, Carlos M. (2016). *Intellectual Property and Access to Science*. (Ginebra, Editorial South Centre).
- CORREA, Carlos M. (2016). *Is the right to use trademarks mandated by the TRIPS Agreement?, South Centre Research Paper 72*. (Geneva, Editorial South Centre). Disponible en: [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/11/RP72\\_Is-the-Right-to-Use-Trademarks-Mandated-by-the-TRIPS-Agreement\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/11/RP72_Is-the-Right-to-Use-Trademarks-Mandated-by-the-TRIPS-Agreement_EN.pdf). (Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2022).
- CORREA, Carlos M. (2012). *Flexibilidades en el Acuerdo Sobre los ADPIC en Materia de Patentes y Seguridad Alimentaria: Opciones para los Países en Desarrollo* (Ginebra, Editorial QUNO-ICTSD).
- HEINZE, Christian (2021). *Patent Law and Climate Change – Do We Need an EU Patent Law Directive on Clean Technology?* (Oxford, Editorial GRUR International).
- INSTITUTO MAX PLANCK (2014). *Declaración sobre Protección de Patentes Soberanía Regulatoria bajo el ADPIC*. (Alemania, Editorial Max Planck Institute for Innovation and Competition). Disponible en: [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung\\_aktuell/04\\_declaration\\_on\\_patent/declaration\\_2015-10-07\\_espanol.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/04_declaration_on_patent/declaration_2015-10-07_espanol.pdf). (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2022).
- NACIONES UNIDAS, Agenda 21 (1992). *Programa de Acción para el Desarrollo Sustentable*. (Río de Janeiro, Editorial de Naciones Unidas).

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OMPI (2020). *Economics and Statistics*. (Ginebra, Editorial de la OMPI). Disponible en: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2020/01/article\\_0008.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2020/01/article_0008.html) (Fecha de consulta: 20 de agosto de 2022).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OMPI / CDIP/5/4 (2010). *Flexibilidades en materia de patentes en el marco jurídico multilateral y su aplicación legislativa en los planos nacional y regional* (Ginebra, Editorial de la OMPI). Disponible en: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/cdip\\_5/cdip\\_5\\_4\\_rev-main1.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/cdip_5/cdip_5_4_rev-main1.pdf) (Fecha de consulta: 2 de junio de 2022).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OMPI / CDIP/5/4 (2010). *Flexibilidades en materia de patentes en el marco jurídico multilateral y su aplicación legislativa en los planos nacional y regional* (Ginebra, Secretaría de la OMPI). Disponible en: [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/cdip\\_5/cdip\\_5\\_4\\_rev-main1.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/cdip_5/cdip_5_4_rev-main1.pdf). (Fecha de consulta: 2 de junio de 2022).
- PRABHAT, Kumar S. (2011). *TRIPS and Technology Transfer: Developing and Least-Developed Countries' Perspective*. (Alemania, Editorial VDM Verlag Dr. Müller).
- REY SANTOS, Orlando (2016). *Derecho y Cambio Climático Legislando en un mundo cambiante*. (La Habana, Cuba, Editorial Academia).
- RIMMER, Matthew (2018). *The Paris Agreement: Intellectual Property, Technology Transfer, and Climate Change*. (Singapur, Editorial Springer), pp. 33-67.
- ROFFE, Pedro (2009). *El control futuro de los alimentos, guía de las negociaciones y reglas internacionales sobre la propiedad intelectual, la biodiversidad y la seguridad alimentaria*. (España, editado por TANSEY, Geoff y RAJOTTE, Tasmin, Editorial MUNDI-PRENSA).
- ROMERO, Thamara (2020). *Articles 7 and 8 as the basis for interpretation of the TRIPS Agreement* (Ginebra, Edición Centro Sur). Disponible en: [https://www.academia.edu/43305242/Articles\\_7\\_and\\_8\\_as\\_the\\_basis\\_for\\_interpretation\\_of\\_the\\_TRIPS\\_Agreement](https://www.academia.edu/43305242/Articles_7_and_8_as_the_basis_for_interpretation_of_the_TRIPS_Agreement). (Fecha de consulta: 10 de mayo de 2022).
- SABANNA Talwar (2006). *Intellectual Property Rights under Globalisation*. (India: Serials Publications 4, Editorial B.S.S. Hall, Khyber Pass Market).
- SINCLAIR, Sir Ian (1984). *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester, Editorial University Press).
- TAUBMAN, Antony y WATAL, Jayashree (2010). *The WTO TRIPS Agreement – a practical overview for climate change policymakers*. (Ginebra, Editorial Secretaría de la OMC).
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, UNCTAD (2021). *Informe sobre Tecnología e Información*. (Ginebra, Editorial de Naciones Unidas).

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, UNCTAD e INTERNATIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT, ICTSD (2005): *Resource Book on TRIPS and Development*, (Cambridge, Editorial Cambridge University Press).

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, UNCTAD (1983): *Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology*. (Ginebra, Suiza, Secretaría de la UNCTAD).

### **Jurisprudencia citada**

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, GRUPO ESPECIAL, DS362 (2009). *China— Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual*. (Ginebra, Secretaría de la OMC). Disponible en: 9 de septiembre de 2022).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, GRUPO ESPECIAL, DS170 (2001). *Canadá - Período de protección mediante patente* (Ginebra, Secretaría de la OMC). Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds170\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds170_s.htm) (Fecha de consulta: 15 de mayo de 2022).

Paice LLC v. Toyota Motor Corp., Nos. 06-1610, -1631 (Fed. Cir. Oct. 18, 2007), Federal Circuit (Estados Unidos).

### **Instrumentos jurídicos internacionales**

NACIONES UNIDAS (ONU). *Agenda para el Desarrollo Sostenible (2015)* (Nueva York, Estados Unidos).

NACIONES UNIDAS (ONU). *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992)* (Nueva York, Estados Unidos).

NACIONES UNIDAS (ONU). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)* (Viena, Austria).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)*, Anexo 1C (1994) (Ginebra, Suiza).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). *Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, Anexo 2 (1994)* (Ginebra, Suiza).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883)* (París, Francia).

### **Otros (Legislación Nacional cubana)**

Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019.

Decreto-Ley 290 “Invenciones, Dibujos y Modelos Industriales”, de 20 de noviembre de 2011.

Ley 118 “Inversión Extranjera”, de 29 de marzo de 2014.