

CONFLICTO ENTRE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y (OTROS) DERECHOS HUMANOS: UNA BREVE ESQUEMATIZACIÓN

Gustavo Arosemena¹

Presentación:

El presente trabajo explora el conflicto -potencial y real- que se presenta entre derechos de propiedad intelectual y otros derechos fundamentales a través de los distintos espacios en los que éstos derechos son ejercidos.² Nuestro afán no es resolver el problema de los conflictos, sino sencillamente delinear las interrogantes que surgen en esta línea de investigación y denunciar los potenciales peligros que existen por la falta de atención a estos conflictos latentes.

1. Introducción

Antes de iniciar, vale explicar un poco algunos de los conceptos que utilizaremos en nuestra exposición, así como la organización de la misma:

Al hablar de derechos humanos nos referimos a los derechos fundamentales *in lato sensu*. Esto es, consideraremos dentro de esta categoría tanto a derechos de raigambre constitucional como a derechos de fuente internacional. Las características comunes de estos derechos son sus pretensiones de universalidad y jerarquía. Por universalidad nos referimos a que son prerrogativas que tienen todas las personas por el hecho de ser personas y de participar de la dignidad humana. Por jerarquía nos referimos al hecho de que los derechos humanos aspiran a ser

¹ Especialista en Propiedad Intelectual por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

² Para simplificar la redacción, desde ahora en adelante hablaremos solamente de conflictos entre derechos humanos y derechos de propiedad intelectual, dejando implícito que una premisa funcional de este estudio (como veremos) es que la propiedad intelectual es también un tipo de derecho humano.

consideraciones de orden superior que prevalecen sobre otros derechos de naturaleza no-fundamental.

Al hablar de derechos de propiedad intelectual nos referimos a las concepciones más amplias del término que engloban al llamado derecho industrial, en otras palabras, incluimos en este término al derecho marca-rio, al derecho de patentes y a los derechos de autor, así como algunos otros regímenes híbridos, como la protección a circuitos electrónicos. Identificamos como calidad común de estos derechos crear regímenes de propiedad por los cuales un bien inmaterial es excluido del uso y goce gratuito de la sociedad en beneficio de su propietario, quien puede negociar ese derecho con terceros para un lucro individual. Siendo que la sociedad pierde el uso y goce gratuito de un bien inmaterial, los regímenes de propiedad intelectual tienden a justificarse por un beneficio social general. Concretándonos a un ejemplo, las patentes impiden que todos usemos un invento de forma gratuita, pero son consideradas valiosas pues fomentan la inversión en desarrollo de la ciencia y de la tecnología, de tal forma que la sociedad está mejor con el régimen de patentes que sin él.

Más complicado es aclarar a qué nos referimos cuando hablamos de “conflicto de derechos”. En sentido estricto, un conflicto de derechos ocurre cuando un derecho hace algo permisible, mientras que otro lo prohíbe, dando lugar a una situación en la que ambos derechos no pueden coexistir.³ En este estudio, nosotros nos enfocaremos exclusivamente en conflictos entre derechos fundamentales, asumiendo que la propiedad intelectual es una especie de derecho fundamental. En todo caso, debemos notar que hay diferentes tipos de conflictos entre derechos y hay otros asuntos que se parecen suficientemente a un conflicto de derechos como para seriamente complicar nuestro análisis, de tal modo que hace falta una substancial aclaración.

Siguiendo a Zucca, dentro de normas de rango fundamental, debemos distinguir verdaderos conflictos de conflictos aparentes. De tal forma, debemos estar atentos a casos en los que aquello que choca con nuestro derecho fundamental no es otro derecho sino un objetivo

³ Lorenzo Zucca, “Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas” en Eva Brems (ed.) *Conflicts Between Fundamental Rights* (Intersentia, 2008), p. 25.

gubernamental atrincherado.⁴ Estos casos nos remiten a la doctrina sobre restricción de derechos, que sin estar desprovista de complejidades, es diferente al área doctrinal en estudio.

Asimismo, en opinión de Zucca, hay que distinguir casos en que situaciones coyunturales de escasez crean un conflicto aparente, como el caso de tener que elegir entre gastar en hospitales o en escuelas, cuando ambos gastos son requeridos por Ley, pero sólo existen recursos para realizar uno de ellos.⁵ En opinión de este autor éste es un caso en que los derechos (a la salud y la educación) son compatibles entre sí, sólo que dadas las circunstancias de escasez no se pueden satisfacer ambos al mismo tiempo.

Para efectos del presente estudio, nosotros aceptamos la primera diferenciación, pero rechazamos la segunda. Creemos que Zucca toma la decisión de considerar que los conflictos producidos por la escasez no son verdaderos conflictos para resaltar ciertos conflictos particularmente recalcitrantes (verdaderos dilemas constitucionales), pero en un trabajo como éste mantener dicha diferenciación sería empobrecedora. Los derechos son herramientas básicas para saber como aplicar la justicia distributiva y siguiendo a Rawls, la justicia distributiva no tiene razón de ser fuera de circunstancias de relativa escasez, en las que no se pueden satisfacer al máximo las expectativas ni los derechos de todos.⁶

Otra variación que es de un gran interés para nosotros, es que ciertos derechos tienen representación tanto en los documentos constitucionales como en los tratados internacionales. Esta doble representación trae complicaciones particulares ya que la preeminencia entre unos regímenes internacionales y otros, así como entre tratados internacionales y la Constitución, es un área doctrinal espinosa. Notablemente tanto los derechos humanos como los derechos de propiedad intelectual han sido objeto de extensiva regulación internacional.

Alguien podrá pensar que analizar conflictos entre Constitución y tratados internacionales carece de interés puesto que existe una regla de

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*, p. 26.

⁶ John Rawls, *A Theory of Justice* (Belknap, 1999), p. 109-112.

jerarquía generalmente aceptada por la cual la Constitución tiene supremacía sobre los tratados internacionales. Esta objeción es correcta en cuanto es verdad que por la regla de jerarquía se disuelven los conflictos teóricos, es decir, el juez puede saber con claridad cuál regla prevalece. Sin embargo, nos adelantamos a recalcar que ciertas facetas de los regímenes internacionales hacen subsistir conflictos de orden práctico, por los cuales seguir ciegamente la norma constitucional –jerárquicamente superior– puede ser una opción no atractiva a nivel operativo. Regresando a los conflictos falsos denunciados por Zucca, coincidimos que este bien puede ser un conflicto aparente, pero existe un interés teórico y práctico para nosotros, en delinear sus contornos.

Entonces, regresando al tema inicial, ¿precisamente qué tipo de conflicto es el derecho entre propiedad intelectual y derechos fundamentales? Nosotros tomaremos la opción de considerar que estos son conflictos entre derechos fundamentales, que se presentan a través de distintos espacios de regulación, constitucional e internacional. Pero, aunque esto parece ser real en el caso del Ecuador, es importante que dejemos claro que en otros ordenamientos jurídicos, esta puede no ser la realidad.

Ahora, no se justifica teorizar acerca de conflictos si no podemos visualizar la fricción entre los dominios de derechos humanos y los de propiedad intelectual. A algunos podría parecerles que son áreas del derecho apartadas y opuestas. Abundando en esta intuición, se podría recalcar inclusive que la propiedad intelectual es afín al derecho mercantil, al derecho de la competencia, o incluso al derecho administrativo, mientras que los derechos humanos guardan relación con el derecho constitucional o con el derecho penal. Esta intuición es entendible pero errada. Como señalamos con anterioridad, la propiedad intelectual se consolida sacando algo de lo comunal y restringiéndolo para un uso exclusivamente privado. Empobrecimiento de lo comunal que sólo se justifica en la medida de que exista otro beneficio social de orden superior, de que la privatización del producto intelectual lleve consigo el fomento de la creatividad, de la industria o del comercio. La pérdida de lo comunal y el cálculo de lo que se gana con la privatización de las obras intelectuales nos remite necesariamente a la esfera del interés general, donde los derechos humanos de la sociedad (así como de los creadores) deben ser tomados en consideración.

Estas complejidades nos llevan a estructurar gran parte del presente estudio en la elucubración de los diferentes tipos de conflictos posibles, tanto a nivel formal como material. Toda vez que el ímpetu para este trabajo consiste en identificar que hay verdaderos problemas entre ciertos derechos humanos y la propiedad intelectual, comenzaremos por detallar las áreas de tensión entre derechos humanos en grandes rasgos, tratando de cubrir el derecho de patentes, los derechos de autor y las marcas. Luego nos centraremos en los aspectos formales de los conflictos, explicando la relevancia de los conflictos entre normas de derecho constitucional, entre normas de derecho internacional y de los conflictos “cruzados”, esto es entre normas constitucionales e internacionales.

2. Conflictos a nivel material

2.1. Derecho de patentes

Aquí es donde las tensiones se ven con mayor nitidez, al punto que se han vuelto puntos tópicos de discusión, especialmente en el campo de acceso a fármacos y tratamientos. Para poner un ejemplo, pensemos en el caso de un fármaco:

Liberado de la disciplina de mercado por el monopolio de la patente, el detentador de la patente tiene derecho a elegir a qué precio se comercializa el fármaco, cuánto del producto se produce y en qué mercados se lo hace disponible.⁷ Así un fármaco patentado se vuelve inaccesible a muchas personas que, sin embargo, lo necesitan, y el Estado no puede proveer el producto a bajo costo a través de su sistema de seguridad social porque se ve obligado a respetar la patente. Ciertamente el detentador de la patente puede tener un interés en vender el producto a un precio más barato para países en los que no existe un poder de mercado para pagar el precio normal, pero el riesgo de importaciones ilegales a terceros países más pudientes puede desincentivar este tipo de emprendimientos; las empresas prefieren no correr el riesgo de perder dinero en los mercados más pudientes por culpa del contrabando.

⁷ Véase por ejemplo, Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, artículo 52 y ADPIC, artículo 28.

La situación resultante, al parecer, choca con la obligación de los Estados de proveer el nivel de salud mental y física más alto.⁸ La ausencia de un fármaco para salvar vidas puede ser percibida de una forma particularmente escandalosa cuando se considera que estos productos son muchas veces baratos en términos de materia prima y procesos de elaboración, que el costo y la escasez resultante radican exclusivamente en la patente. Coomans explica como en Perú por mucho tiempo no existió protección de patente para productos farmacéuticos, en el 2004 el costo de tratamiento antiretroviral era de 408 dólares por persona por año, con la introducción de la protección a productos farmacéuticos, impulsada por negociaciones de libre comercio con Estados Unidos, el costo ascendería a 4.300 dólares por persona por año.⁹ El mismo autor reporta que en Junio del 2005 el Ministerio de Salud del Perú publicó un estudio del impacto del otorgamiento de patentes a fármacos, según el cual esta medida haría que de 700 a 900 mil personas se vean privadas de acceso a medicinas vitales.¹⁰

El derecho de propiedad intelectual establece mecanismos para que los Estados puedan irrumpir en el derecho de patente por motivos de interés general, que es la licencia obligatoria, la cual se encuentra sujeta a varias condiciones para su licitud¹¹, entre ellas la necesidad de pagar una compensación apropiada al detentador de la patente. La pregunta que subsiste es, ¿se pueden resolver todas las pretensiones legitimadas por el derecho a la salud bajo el mecanismo de la licencia obligatoria?

Frente a esta pregunta debe notarse que el ámbito de acción de las licencias obligatorias y las restricciones que deben cumplir para ser legítimas varían de Estado a Estado. Aun así, nos podemos ceñir al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) para encontrar ciertos requisitos mínimos comunes a la mayoría de países. Entre estos el más importante para nuestro tema es el de la remuneración. Las licencias obligatorias no son

⁸ Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CIDESC], artículo 12(1).

⁹ Fons Coomans, "Sovereignty Fading Away" en Ineke Boerefijn y Jenny Goldschmidt, *Changing Perceptions of Sovereignty and Human Rights* (Intersentia, 2008), p. 140.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Véase por ejemplo, ADPIC artículo 31.

gratuitas, y entre los requisitos para su expedición requieren que se pague un precio razonable al detentador de la patente. No existe consenso en cómo se debe calcular este precio, aunque se intuye que no puede estar basado en ganancias perdidas, ya que de ser así, no habría ninguna “rebaja” sustancial en que el Estado expida una licencia obligatoria.¹² Este elemento del precio nos remite a algo que señalamos en la introducción, que es que ciertos conflictos entre derechos se potencian por situaciones de escasez: ¿Qué debe y qué puede hacer el Estado si no es capaz de pagar un precio razonable?

Por otro lado, existen problemas de riesgo en obligar al Estado a resolver los conflictos entre el derecho a la salud y el derecho de patentes dentro del marco regulatorio del derecho de patentes, puesto que varias reglas de la licencia obligatoria (incluida la ya mencionada regla del precio razonable y la obligación de tratar de lograr de buena fe una licencia voluntaria) exponen al Estado a una demanda de propiedad intelectual si no se cumple a cabalidad el proceso de la licencia obligatoria. El temor a una demanda millonaria puede desincentivar al Estado de tomar el riesgoso camino de la licencia obligatoria en perjuicio de los ciudadanos que necesitan la reivindicación de su derecho a la salud.¹³

2.2. Derecho de autor

En este caso es relativamente fácil identificar el derecho humano que entra en conflicto, esto es el derecho a la libertad de expresión. Aquí parecería haber un conflicto bastante absoluto, siendo que la libertad de expresión nos permite “hablar” básicamente de todo, mientras que el derecho de autor hace que ciertas obras estén restringidas a un uso privativo designado por el autor. Sin embargo, dado a que el derecho de autor no protege las ideas sino las formas de expresión, y casi siempre hay formas de expresión alternativas que pueden usarse, no se puede decir que el debido respeto a los derechos de autor realmente obstruya la libertad de expresión. Entonces, la libertad de expresión puede estar legítimamente restringida para entablar una regulación de propiedad

¹² Björn Ley, “Patent Rights and Access to Medicines: Are Patents Really the Only Barrier for Good Health Care in Developing Countries?” en Mpazi Sinjela, *Human Rights and Intellectual Property Rights. Tensions and Convergences* (Martinus Nijhoff, 2007), p. 111.

¹³ *Id.*

intelectual. Así lo ha reconocido la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha señalado claramente que, en términos generales, aquellos que infrinjan los derechos de autor no pueden ampararse en la libertad de expresión.¹⁴

Sin embargo hay casos excepcionales en los que se justifica un acceso irrestricto a la obra y la expresión original, siendo que la importancia social de dicho acceso es superior a los intereses del autor en administrar de forma exclusiva su obra. Así por ejemplo, la parodia de una obra toma elementos de la forma de expresión de la obra original, para llegar a un resultado diferente que tiene pleno sentido únicamente en comparación a la obra original. Este tipo de obra se vería imposibilitado con una protección al derecho de autor demasiado fuerte. Asimismo, ciertas comunicaciones pueden tener un interés político, y ponerlas en público en su versión original puede ser más importante que defender los derechos de autor (morales y económicos) del que escribió la carta.¹⁵

En algunos sistemas como el de Estados Unidos, las excepciones al derecho de autor se manejan bajo la doctrina del “fair use”, por la cual ciertos usos de obras protegidas están permitidos bajo ciertos parámetros, entre los cuales prima que el uso en cuestión sea no-comercial. En otros casos, como en el Ecuador, no existe un criterio general para determinar qué usos de obras ajenas están permitidos, sino que existe una lista taxativa de excepciones al derecho de autor.¹⁶

Respecto de los dos ejemplos mencionados arriba, la parodia estaría permitida en el Ecuador,¹⁷ pero revelar una carta de importancia política-debatiblemente- no lo estaría. En un sistema como el de Estados Unidos en el conflicto de derechos entraría cómodamente la determinación de hasta donde llega la excepción de “fair use”, en un sistema como el de Ecuador, en cambio, el conflicto de derechos tendría una aplicación mucho más problemática, pues sería un intento de romper el candado establecido por la lista taxativa de excepciones al derecho de autor.

¹⁴ Véase Corte Europea de Derechos Humanos, Caso De Geillustreede Pers NV v. Los Países Bajos (1976) (Aplicación 5178/71), referida en Eric Barendt, “Freedom of Speech”, (Oxford, 2005), p. 247.

¹⁵ Véase Barendt *Id.*, p. 254-256.

¹⁶ Ley de Propiedad Intelectual, artículo 83.

¹⁷ Aunque de forma muy restringida, ver *Id.*, acápite “(j).”

2.3. Derecho marcario

Las marcas son la especie de propiedad intelectual que potencialmente se parece más a la propiedad sobre bienes materiales. Mientras que todas las otras especies de propiedad intelectual tienen un lapso de tiempo fatal en las que los bienes protegidos regresan al dominio público, las marcas pueden ser renovadas indefinidamente. Asimismo, no queda claro que es lo comunal que se pierde cuando las marcas son extraídas del dominio público para uso exclusivo de una empresa o negocio. Los signos marcarios parecen no tener valor salvo en relación a un producto o servicio.

Correspondientemente, los conflictos entre derechos humanos y marcas son los más oscuros; la atención que se les ha prestado es escasa. Sin embargo aquí queremos enfatizar que los conflictos sí existen y que la apariencia de ser la propiedad más “real” ha hecho que el derecho de marcas sea tan fuerte que las complicaciones son especialmente graves.

Consideremos la interacción entre la marca y el derecho a la libertad de expresión. Siendo que las corporaciones son generalmente identificadas frente al público por sus marcas, una marca puede ser usada para criticar el producto o las políticas de la corporación. Casos de este uso abundan.¹⁸

Sin embargo, el uso de una marca por terceros está muchas veces estrictamente limitado, bajo la premisa de que el dominio público no se ve empobrecido cuando se constituye propiedad sobre una marca. El tercero que usa una marca ajena para criticar un producto o una empresa puede ser demandado por el detentador de la marca por haber creado un riesgo de confusión, por dilución marcaria o difamación, dependiendo del régimen local de propiedad intelectual.

Haciendo parangón a lo ya explicado en relación al derecho de autor, en regímenes como el americano, la libertad de expresión puede

¹⁸ Pueden considerarse como ejemplos campañas publicitarias que han distorsionado los logos de BMW, Milka, Esso y Malboro, ya sea para criticar a la compañía o promover un objetivo opuesto a la detandora de la marca. Véase Andreas Rahmatian, “Trade Marks and Human Rights” en Paul L.C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights* (Wolters Kluwer, 2009), p. 348-349.

encuadrarse en excepciones amplias de tenor similar al “fair use”, de tal modo que las críticas a políticas empresariales, aunque causen dilución o riesgo de confusión, pueden verse absueltas de sanción a discreción de la corte, si es que se consideran usos no comerciales, valiosos para la libertad de expresión.¹⁹ Sin embargo, en regímenes como el del Ecuador, en que existen restricciones taxativas al uso de la marca por terceros, el riesgo de recibir una penalidad por un uso crítico de la marca de un tercero es correspondientemente mucho más alto.

Aún bajo una política flexible como la americana, puede verse que esto no es siempre suficiente para una solución satisfactoria. Se ha señalado que para el ejercicio pleno de la libertad de expresión no basta que la expresión se permita, sino que existan también garantías para que esta libertad se ejerza sin miedo de represalias o consecuencias negativas ulteriores.²⁰ De tal modo, el que ejerce la libertad de expresión no puede correr el riesgo de entrar o no entrar bajo el *fair use*. Tiene que haber claridad substancial acerca del tipo de expresión que es permitida.²¹

3. Conflictos a nivel formal

3.1. Conflictos a nivel del derecho constitucional

Estos conflictos se pueden dar de dos maneras. La primera de ellas es un verdadero conflicto, cuando la propiedad intelectual aparece como un derecho constitucionalmente consagrado, y la segunda de ella, nos remite a los conflictos *latu sensu* cuando la propiedad intelectual no es un derecho consagrado en la Constitución, pero sin embargo, está mencionada en ésta como una política atrincherada. El elemento diferenciador es entonces el valor que se le da a la propiedad intelectual en el sistema constitucional. Sin poder hacer aquí una revisión de las tendencias que puedan existir respecto de este punto en el constitucionalismo moderno, nos referirnos con exclusividad a la situación ecuatoriana. Parecería que en Ecuador, desde al menos la Constitución del 98, la propiedad intelectual se encuentra incluida dentro del marco constitucional que regula la propiedad:

¹⁹ *Id.*, p. 351-352.

²⁰ Ver, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Plattform “Ärzte Für das Leben” v. Austria, (Aplicación no. 10126/82), Decisión del 21 de junio de 1988.

²¹ Véase Rahmatian, *supra* n. 17, p. 350-351.

El artículo 23 numeral 23 que regulaba los derechos civiles bajo el antiguo régimen constitucional disponía la protección de “El derecho a la propiedad, en los términos que señala la ley”, lo que no niega ni confirma la inclusión de la propiedad intelectual bajo el amparo constitucional. Pero luego, bajo la rúbrica de derechos “económicos sociales y culturales”, la Constitución del 98 señalaba que “[l]a propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía...” La frase “en cualquiera de sus formas” parece ser una referencia a la propiedad intelectual, y aún dejando a salvo que la propiedad como derecho civil y la propiedad como derecho económico social y cultural son cosas diferentes, parecería que no existe ninguna razón para excluir la propiedad intelectual del artículo 23 de la antigua norma suprema bajo una lectura armónica de la constitución. Con todo, esta Constitución tenía una fuerte orientación garantista que justificaría encontrar como fiel a su espíritu el reconocimiento más amplio posible a los derechos civiles y políticos.

La historia se repite en la Constitución de Montecristi pues aquí entre las “libertades fundamentales” encontramos en el artículo 26 “[e]l derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.” Lo que parece recoger el lenguaje amplio de la Constitución del 98 para la protección de la propiedad, y ahora sí dentro del mismo artículo que la ampara como un derecho civil. Luego, el artículo 322 de la Constitución vigente recalca que “[s]e reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley.” Así, parece que no hay razón para negar que la propiedad intelectual esté incorporada en el artículo 26 cuando nada justifica una lectura restrictiva del mismo.

Con este antecedente nos centraremos en analizar el problema de la propiedad intelectual en los conflictos entre derechos de rango constitucional y dejaremos fuera de nuestro estudio los conflictos entre derechos constitucionales y políticas públicas que pertenecen al ámbito de la doctrina de las restricciones.

Una vez que la propiedad intelectual está reconocida como un derecho fundamental, bajo el derecho de propiedad, hace falta ver cómo se lo compatibiliza con otros derechos en casos de conflictos. Recordando

la exposición en la sección anterior sobre conflictos a nivel sustantivo, pensemos en la situación que puede darse entre un activista queriendo usar la marca X deformada de alguna forma para promover una crítica contra la empresa que la representa. Por otro lado, la empresa que ve su marca y su publicidad desprestigiada, exige una indemnización cuantiosa al activista. Se plantea un conflicto entre propiedad (intelectual) y libertad de expresión; siendo que ambos tienen rango constitucional, ¿a cuál de ellos debemos dar preferencia en este caso concreto?

Hay fundamentalmente dos tipos de resultados para estos conflictos de derechos. O uno de los derechos triunfa sobre el otro, o se encuentra una forma de compatibilizarlos.²² Esto último no siempre es posible, y compatibilidades aprontes pueden ser falaces en un examen más detenido. Regresando al ejemplo del párrafo anterior, podría decirse que no hay tal conflicto entre el activista y la empresa detentadora de la marca pues el activista puede decir lo que quiera -libre de censura previa- siempre y cuando resarza el valor perdido en propiedad a la empresa. Sin embargo, la libertad de expresión nos exige que podamos exponer nuestras ideas -aunque sean chocantes y escandalosas- libres de miedo o intimidación. Cualquiera puede ver, que para el común de los mortales, enfrentarse a la demanda de una gran corporación es un asunto intimidante.

La pregunta que subsiste es ¿cómo se resuelven los conflictos entre derechos constitucionales? Como señalamos en la introducción, no vamos a ofrecer una solución legal a estos conflictos, de hecho, dudamos que exista. Nuestro interés es recalcar lo difíciles e insuperables que se vuelven, así que se vuelve importante señalar algunas de las propuestas que se han hecho para superarlos:

a) La jerarquización:

La primera vía para resolver conflictos que viene en mente es la jerarquización de derechos. Así, podríamos decir que el derecho a la vida tiene más jerarquía que la libertad de expresión y que la libertad de expresión tiene más jerarquía que el derecho de propiedad, y así suce-

²² Xiaobing Xu and George Wilson, "Conflict of Human Rights" (2006), *Pierce Law Review*, 5, p. 40

sivamente ordenar los derechos en una suerte de escalera, corolario de lo cual, en caso de un conflicto, el que está en un puesto superior vence siempre y en toda circunstancia al derecho en un puesto inferior.

Esta idea ha sido rechazada de forma prácticamente universal puesto que salvo algunos derechos que se consideran “absolutos” no existe ningún consenso en cómo jerarquizar los derechos fundamentales. Por otro lado, esta solución traería de consigo el problema nefasto de atar las manos al juez, obligándolo a ser totalmente insensible al contexto fáctico en el que el conflicto se presenta. El derecho a la libertad de expresión puede estar por encima del derecho a la privacidad cuando la persona en cuestión es una persona pública, un político, pero sería absurdo pensar que esta preeminencia debe mantenerse en pie cuando la persona cuya privacidad se vulnera es un civil cualquiera; nuestra intuición nos dice que el balance deberá ser aún más a favor de la privacidad cuando la persona en cuestión es un niño, o una víctima de violencia sexual.

b) Derechos susceptibles a restricciones y derechos no susceptibles a restricciones:

Esta vía es efectiva en la mayoría de los casos en la que se aplica, pero, lastimosamente, se puede aplicar en muy pocas ocasiones. La idea aquí es que dentro de los derechos humanos hay aquellos que sencillamente tienen un carácter absoluto que no da pie a restricción alguna, y que cuando estos derechos humanos chocan con otros, sin duda los segundos deben ceder el paso a los primeros. Nos podemos dar cuenta rápidamente que esta es una idea que reformula el principio de jerarquía, sólo que en vez de darle a cada derecho un escalón, crea dos escalones, el de los derechos absolutos y el de los no absolutos, con la ventaja de que el juez puede libremente equilibrar derechos cuando se presentan conflictos entre derechos no absolutos solamente, o entre derechos absolutos solamente.

El problema radica en que los derechos absolutos son al parecer una categoría muy escasa. Hasta el derecho a la vida tiene restricciones, por ejemplo, cuando la legítima defensa exige quitarle la vida a otra persona para defender la vida o la propiedad propia. El derecho a estar libre de tortura parece ser el único verdaderamente absoluto, y hay ejemplos

modernos que ponen esto en tela de duda.²³ En todo caso, aún si asumimos que estos dos derechos, el derecho a la vida y el derecho a estar libre de tortura (que es mucho menos amplio que el derecho a la integridad personal, que sí puede estar sujeto a restricciones), nos vemos con el problema que sigue existiendo una constelación de derechos que sí pueden estar sujetos a restricciones, que pueden entrar en conflicto, respecto de los cuales esta estrategia no nos proporciona manera alguna de solucionarlos.

c) El contenido nuclear de los derechos:

La teoría del contenido nuclear de los derechos se refiere a que se pueden identificar dos tipos de contenido en un derecho: contenidos que pertenecen a la periferia del derecho, y contenidos que le son nucleares.²⁴ Bajo esta óptica, cuando dos derechos entran en conflicto, si es que se puede restringir uno de ellos sin dejar sin vigencia su contenido nuclear, este es el derecho que debe ceder el paso.

Esto no soluciona todos los conflictos. En los verdaderos dilemas constitucionales ambos derechos ven su contenido nuclear comprometido; por otro lado, no nos dice qué hacer cuando sólo el contenido periférico de los derechos está en juego -pero podríamos estar tranquilos en dejar esta delimitación a la discreción del juez, como veremos en la exposición subsiguiente respecto del *balancing*.

El problema recurrente con la técnica de los contenidos nucleares es que es difícil identificar el contenido nuclear de un derecho. No hay una respuesta aparente a cuál es el contenido nuclear de la libertad de expresión, o del derecho a un debido proceso. Como bien señala van der Schyff, encontrar el contenido nuclear es un producto de la discreción judicial (de una suerte de *balancing* al fin y al cabo) y por tanto casi nunca representa un verdadero escape a las dificultades que se presentan en los conflictos de derechos.²⁵

²³ Ver Florian Jessberger, "Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany" (2005) *Journal of International Criminal Justice*, 3.

²⁴ Ver de forma general, Gerhard van der Schyff, "Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective" en Eva Brems (ed.) *Conflicts Between Fundamental Rights* (Intersentia, 2008).

²⁵ *Id.*, p. 134-135.

d) El *balancing ad hoc*:

El *balancing ad hoc* (o simplemente *balancing*) no es tanto una forma de solucionar jurídicamente los conflictos de derecho, como la negación de la existencia de una solución jurídica; el *balancing*, en nuestra opinión, fundamentalmente representa la aplicación de la discreción judicial a la resolución de los conflictos entre derechos, siendo que el juez valora, en razón de los hechos del caso, cuál derecho tiene más peso, y si es posible encuentra una solución conciliadora que respete esos derechos en proporción a su peso, o en caso que sea imposible, da primacía al derecho que en las circunstancias del momento se vuelve más importante.

El *balancing* es entonces precisamente lo opuesto a la jerarquía, y las desventajas del *balancing* son las inversas. Mientras la jerarquización ataba demasiado las manos de los jueces obligándolos a tomar decisiones irrazonables, el *balancing* suele liberar casi totalmente al juez de parámetros legales pre-determinados, lo que sin duda relativiza los derechos fundamentales. Adicionalmente, el *balancing* contribuye muy poco a la seguridad jurídica.

Aún así el *balancing* tiene una ventaja sobre su contra-cara, la jerarquización, en que el juez al menos debe explicar las razones para haber dado tal o cual peso a los derechos en juego, esto es, si es que el juez motiva apropiadamente su sentencia, que es algo que no siempre ocurre.

Este elemento de motivación nos lleva a nuestro último mecanismo que es el *balancing* basado con principios.

e) *Balancing con principios*:

El *balancing con principios* que desarrollamos aquí viene a ser una traducción un poco incómoda de la expresión inglesa "*principled balancing*". Esto es lo mismo que el *balancing* explicado en el párrafo anterior, con la salvedad que los jueces explican cuales son los elementos y criterios de juicio -relativamente abstractos- que en el caso particular les llevan a preferir un derecho sobre otro, y se comprometen a usar los mismos criterios y a llegar al mismo resultado en caso de que se presente un caso similar.

Esta estrategia admite la existencia de discrecionalidad en las operaciones de la judicatura respecto de la colisión de derechos, pero la acumulación de precedentes que exponen claramente cuáles son los elementos y criterios que se han tomado en consideración para fallar de una u otra manera van creando una normativa, de tal forma que los ciudadanos pueden formar expectativas más claras acerca del tratamiento que se les dará a sus derechos en caso de conflictos. Esto no es otra cosa que la aplicación de un régimen propio del *Common Law* a la resolución de conflictos constitucionales, aunque vale advertir que las cortes de los países de tradición jurídica anglosajona no siempre desarrollan de forma efectiva y ordenada los elementos y criterios que se utilizan en la aplicación del *balancing*.

Existe otra forma de hacer un *balancing* con principios. Esto consiste en que la judicatura defina de forma abstracta una preferencia derrotable por tal o cual derecho. Así por ejemplo, la judicatura podría definir una preferencia general y en abstracto el derecho a la salud frente al derecho a la propiedad, preferencia que marca una pauta general, pero que en ciertos casos, cuando los hechos lo requieran, podría ser dejada a un lado, para darle la primacía al otro derecho.²⁶

Conclusiones preliminares

Se puede apreciar que no existe una forma significativamente clara de solucionar los problemas que ocurren en un conflicto de derechos. A falta de herramientas para dar una solución predecible a los conflictos entre derechos humanos y derechos de propiedad intelectual a nivel constitucional, esto permanecerá como un área espinosa y potencialmente peligrosa para los intereses de los ciudadanos.

3.2. Conflictos a nivel de derecho internacional

Hay una serie de conflictos a nivel de derecho internacional que son básicamente los mismos que ocurren a nivel constitucional y se los puede tratar de la misma manera. En esto nos referimos a conflictos dentro de un mismo tratado, manteniéndonos en la temática de este artículo, la libertad de expresión y el derecho a la propiedad se encuentran ambos

²⁶ Ver Zucca *supra* n. 2, p. 35-37.

consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales,²⁷ un conflicto entre ambos deberá ser resuelto con las mismas herramientas insatisfactorias que postulamos en el apartado superior.

Sin embargo hay otra serie de conflictos que merecen un comentario especial, y estos son los conflictos que se dan entre tratados, especialmente entre tratados que crean regímenes de una permanencia relativa.

Una comparación a los conflictos entre leyes en el derecho interno nos ayudará a comprender las dificultades que aquí se plantean. En el derecho interno hay fundamentalmente dos reglas para resolver los conflictos entre leyes, la regla de que la ley posterior deroga a la anterior y la regla de que la ley de mayor jerarquía deroga a la de menor jerarquía. Ahora, en el derecho de los tratados, no siempre hay tal cosa. Un tratado posterior no siempre deroga al tratado anterior, sobretodo si cada uno de ellos establece un régimen diferente, y si las partes son distintas y salvo un tratado en particular (el Charter de las Naciones Unidas), no existe jerarquía alguna entre los tratados en el derecho internacional.

Regresemos a uno de los ejemplos anteriores, al problema entre patentes y derecho a la salud. El derecho a la salud se encuentra consagrado en la Convención Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que forma parte (junto con la Declaración Universal y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos) de la Carta de Derechos de las Naciones Unidas. Esta convención está integrada por varios mecanismos de protección y promoción de los derechos humanos en las Naciones Unidas que incluyen el Consejo de Derechos Humanos) y el sistema de los “*treaty bodies*”.

Por otro lado, los derechos de propiedad intelectual tienen una protección especial en el sistema de la OMC a través del ADPIC. La OMC con sede en Suiza, no tiene ninguna relación formal con el sistema de las Naciones Unidas y fuera de la declaración de Doha no existe ningún patrón formal para compatibilizar las exigencias del régimen de la OMC

²⁷ Con las reformas del Protocolo 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales se agregó a la convención la protección del Derecho a la Propiedad.

con las exigencias de derechos humanos. De alguna forma u otra, el sistema de las Naciones Unidas integra en cada una de sus funciones la perspectiva de derechos humanos, pero esta perspectiva está completamente ausente de la OMC.

Ambos regímenes existen simultáneamente, y no se puede decir que uno tenga mayor jerarquía que el otro, ni que uno haya intentando derogar al otro, o siquiera modificarlo. Los dos regímenes coexisten de tal forma que un incumplimiento de uno de ellos no se puede justificar con el cumplimiento del otro. De tal forma, los Estados deben encontrar un mecanismo para satisfacer las garantías de ambos. Como señalamos en una sección anterior, cuando existen conflictos de derechos, las soluciones integradoras no siempre son posibles.²⁸

3.3. Conflictos cruzados

Finalmente debemos comentar en lo que hemos llamado “conflictos cruzados”. Cuando de los derechos que se encuentran en conflicto, uno aparece como garantías constitucionales y el otro protegido en un tratado internacional. Como ya señalamos antes, la resolución de estos problemas -para un juez- se presenta de forma sencilla puesto que en la mayoría de Estados se reconoce el principio de jerarquía o supremacía de la Constitución.

Sin embargo, esta fácil resolución lógica no impide que existan problemas importantes. Esta solución sólo es fácil viendo las cosas desde dentro del Estado, para afuera. Una vez que la situación es analizada desde la perspectiva internacional, veremos que los obstáculos del derecho interno -aún cuando sean obstáculos de carácter constitucional- no pueden esgrimirse como excusa para justificar un incumplimiento a la norma internacional. El juez interno habrá cumplido su papel dando preeminencia a la Constitución, pero este accionar también puede dar lugar a una acción de incumplimiento en el plano internacional.

Lo que es más, los mecanismos de aplicación de la ley son diferentes en el plano nacional y en el plano internacional. Algunas veces el plano internacional no impone mayores consecuencias que la “vergüenza” del Estado en los foros internacionales, aunque inclusive esta “vergüenza”

²⁸ Ver Coomans, *supra* n. 8, p. 127, *et seq.*

puede acarrear consecuencias significativas en pérdida de poder político de negociación. Pero en ciertos casos existen otros mecanismos internacionales de presión más fuertes como la retorsión, que en el caso particular de la OMC -importante para nosotros porque incorpora el ADPIC- se encuentra institucionalizado. Un país que incumple sus obligaciones bajo el tratado de la OMC puede ver castigado en sus aranceles comerciales o en su propiedad intelectual de tal modo que un juez, al apegarse demasiado a la Constitución en un conflicto de derechos, puede causar un daño económico bastante grande a su país. Bajo esta situación se vuelve evidente que existen motivos prudenciales serios para interpretar la Constitución de la forma más conveniente para el tratado.

4. Conclusiones

En este trabajo hemos querido poner en claro la posibilidad de conflicto entre derechos humanos y propiedad intelectual, y sobretodo poner en relieve que estos conflictos son particularmente difíciles de solucionar por medios legales. Las herramientas que nos ofrece el derecho para solucionarlos tienden a irrazonablemente atarle las manos al juez, o al contrario, dan paso a una discreción absoluta, o quizás en vez de discreción deberíamos decir que estos problemas nos expulsan del mundo del derecho hacia el reino de la política.

Quizás esto implica una gran pérdida de seguridad para el ciudadano y para la empresa. La política no parece ser la fuente de certezas que esperamos encontrar en el derecho. Más decepcionante aún es la realidad de que, muchos miramos la política como una actividad condenada a la corrupción y la ignominia.

Sin embargo, creo que reconocer que estos conflictos existen y que implican cuestiones políticas tiene sus consuelos. Al menos si los problemas se ponen encima de la mesa de negociaciones podremos buscar soluciones estables que le den a la propiedad intelectual y a otros derechos su justo peso y proporción. Esto es preferible en vez de creer en una certitud del derecho cuando no es tal, y en lugar de dejar los cabos sueltos para negociaciones secretas y tratativas oscuras que tanto agobian nuestra realidad ecuatoriana.