

# Implementación de una exención de los ADPIC relacionados con tecnologías y productos sanitarios para la COVID-19: Evitar reclamaciones en virtud de acuerdos de libre comercio e inversión

Carlos M. Correa, Nirmalya Syam y Daniel Uribe





# DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN

135

## IMPLEMENTACIÓN DE UNA EXENCIÓN DE LOS ADPIC RELACIONADOS CON TECNOLOGÍAS Y PRODUCTOS SANITARIOS PARA LA COVID-19: COMO EVITAR RECLAMACIONES EN VIRTUD DE ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO E INVERSIÓN<sup>1</sup>

Carlos M. Correa<sup>2</sup>, Nirmalya Syam<sup>3</sup> y Daniel Uribe<sup>4</sup>

SOUTH CENTRE

NOVIEMBRE DE 2021

---

<sup>1</sup> Este documento de investigación fue traducido por TGA Translations.

<sup>2</sup> El Dr. Carlos Correa es el Director Ejecutivo de South Centre.

<sup>3</sup> Nirmalya Syam es Oficial Superior de Programas del Programa de Salud, Propiedad Intelectual y Biodiversidad de South Centre.

<sup>4</sup> Daniel Uribe es Oficial Principal de Programas del Programa de Desarrollo Sostenible, Cambio Climático y Género en South Centre.



## **EL SOUTH CENTRE**

En agosto de 1995, se estableció South Centre como organización intergubernamental permanente. Está compuesto por Estados miembros de países en desarrollo y es responsable ante ellos. Lleva a cabo investigaciones orientadas a la formulación de políticas sobre cuestiones fundamentales de políticas de desarrollo y apoya a los países en desarrollo para participar eficazmente en los procesos de negociación internacional que son pertinentes para el logro de los objetivos de desarrollo sostenible (SDGs). El Centro también presta asistencia técnica y fomenta la creación de capacidades en las esferas abarcadas por su programa de trabajo. Partiendo de la premisa de que el logro de los objetivos de desarrollo sostenible, en particular la erradicación de la pobreza, requiere políticas nacionales y un régimen internacional que apoye y no socave los esfuerzos de desarrollo, el Centro promueve la unidad del Sur, reconociendo al mismo tiempo la diversidad de los intereses y prioridades nacionales.

## ADVERTENCIA

Se autoriza la citación o reproducción del contenido del presente documento de investigación para uso personal siempre que se indique claramente la fuente y se envíe al South Centre una copia de la publicación en la que aparezca dicha cita o reproducción.

Las opiniones expresadas en el presente documento son las de su autor/a o autores/as y no representan la opinión del South Centre o de sus Estados miembros. Cualquier error u omisión en este documento es responsabilidad exclusiva de su autor/a o autores/as.

Toda observación relativa al presente documento o a su contenido será muy apreciada. Datos de contacto:

South Centre  
Ch. du Champ d'Anier 17  
CP 228, 1211 Ginebra 19  
Suiza  
Tel. (41) 022 791 80 50  
south@southcentre.int  
www.southcentre.int

Siga la cuenta del South Centre en Twitter: South\_Centre 

## RESUMEN

Aunque el creciente apoyo de los miembros de la OMC a una propuesta de exención de determinadas obligaciones en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a los productos sanitarios necesarios para responder a la COVID-19 ha hecho que sea inminente una decisión sobre la exención de los ADPIC, los miembros de la OMC tendrán que aplicar la exención a nivel nacional a través de medidas legislativas, administrativas o judiciales apropiadas, incluidas las órdenes ejecutivas que se han utilizado para aplicar medidas de emergencia en el contexto de la pandemia de la COVID-19. En este sentido, el alcance de la exención de los ADPIC, así como los términos aplicables en los acuerdos de libre comercio (ALC) y los acuerdos internacionales de inversión (AII) también influirán en el espacio de política disponible para que los países apliquen la exención. Será fundamental garantizar un amplio alcance de la exención, así como medidas complementarias para salvaguardar la aplicación de la exención de posibles impugnaciones en el marco de los ALC o los AII. Este documento de investigación analiza algunas opciones que podrían explorarse para permitir la aplicación de la exención de los ADPIC superando los posibles impedimentos que podrían surgir en el marco de dichos acuerdos.

*While increasing support from WTO members for a proposed waiver from certain obligations under the TRIPS Agreement with regard to health products required for responding to COVID-19 has made a decision on the TRIPS waiver imminent, the waiver will have to be implemented domestically by WTO members through appropriate legislative, administrative or judicial measures, including through executive orders that have been utilized to implement emergency measures in the context of the COVID-19 pandemic. In this regard, the scope of the TRIPS waiver, as well as the terms of applicable free trade agreements (FTAs) and international investment agreements (IIAs) will also impact the policy space available to countries to implement the waiver. Ensuring a broad scope of the waiver, as well as complementary measures to safeguard the implementation of the waiver from potential challenges under FTAs or IIAs will be critical. This research paper discusses some options that could be explored to enable the implementation of the TRIPS waiver by overcoming possible impediments that could arise under such agreements.*

*Bien que le soutien croissant des membres de l'OMC pour une proposition de dérogation à certaines obligations de l'Accord sur les ADPIC concernant les produits de santé nécessaires pour répondre à la pandémie COVID-19 ait rendu imminente une décision sur la dérogation ADPIC, celle-ci devra être mise en œuvre au niveau national par les membres de l'OMC par le biais de mesures législatives, administratives ou judiciaires appropriées, y compris par le biais de décrets qui ont été utilisés pour mettre en œuvre des mesures d'urgence dans le contexte de la pandémie COVID-19. À cet égard, la portée de la dérogation ADPIC, ainsi que les termes des accords de libre-échange (ALE) et des accords internationaux d'investissement (AII) applicables, auront également un impact sur la marge de manœuvre dont disposent les pays pour mettre en œuvre la dérogation. Il sera essentiel de garantir un large champ d'application de la dérogation, ainsi que des mesures complémentaires pour protéger la mise en œuvre de la dérogation contre d'éventuelles contestations dans le cadre des ALE ou des AII. Ce document de recherche examine certaines options qui pourraient être explorées pour permettre la mise en œuvre de la dérogation ADPIC en surmontant les obstacles qui pourraient survenir dans le cadre de tels accords.*





# ÍNDICE

RESUMEN .....	<i>iii</i>
1 INTRODUCCIÓN .....	1
2 EFECTOS DE UNA EXENCIÓN CONFORME A LA LEGISLACIÓN DE LA OMC .....	4
3 IMPLICACIONES EN LOS TLC DE LA UTILIZACIÓN DE UNA EXENCIÓN .....	5
4 DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS .....	7
5 POSIBLES DEFENSAS CONFORME A ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN .....	8
5.1 Definición de inversión protegida.....	10
5.2 Exenciones en virtud de los All .....	13
6 MEDIDAS NO EXCLUIDAS, OBJETIVOS DE POLÍTICA ADMISIBLES, REQUISITOS DE VINCULACIÓN Y ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD .....	15
6.1 Defensas conforme al derecho internacional consuetudinario: Política de doctrina de poder, necesidad y fuerza mayor .....	16
7 UNA MORATORIA SOBRE LAS RECLAMACIONES DEL ISDS RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	19
8 CONCLUSIONES .....	21
REFERENCIAS .....	23



# 1 INTRODUCCIÓN

En octubre de 2020, India y Sudáfrica presentaron de forma conjunta una propuesta al Consejo de los ADPIC<sup>1</sup> solicitando, en virtud del artículo IX.3 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (en adelante Acuerdo de la OMC), la autorización de una exención de la implementación, aplicación y observancia de los derechos de propiedad intelectual (PI) y sus tecnologías subyacentes en cuanto a la prevención, contención y tratamiento de la COVID-19. La propuesta ha recibido el apoyo de más de 100 países, así como de más de 300 organizaciones de la sociedad civil, la Organización Mundial de la Salud, Unitaïd, South Centre y otras organizaciones internacionales, legisladores de varios países, muchos académicos y líderes políticos<sup>2</sup>. Recientemente, los proponentes presentaron una propuesta actualizada<sup>3</sup>, copatrocinada por 64 países de Asia, África y América Latina, incluido el Grupo Africano y el grupo de países menos desarrollados, para poner en consideración el Consejo de los ADPIC. Esto fue posterior al anuncio del Representante Comercial de Estados Unidos (USTR) de que Estados Unidos (EE. UU.) participará en negociaciones de texto para adoptar una exención<sup>4</sup>. Esto ha sido recibido como un cambio positivo de la oposición absoluta de los EE. UU. a la exención propuesta a un reconocimiento “en teoría” de la necesidad de obtener una exención de las obligaciones de los ADPIC para superar la pandemia de la COVID-19<sup>5</sup>.

La propuesta revisada actualiza la situación de emergencia que prevalece actualmente como contexto para la exención, al reflejar la preocupación por las mutaciones continuas y la aparición de nuevas variantes del virus de la COVID-19 y las consiguientes incertidumbres y complejidades, que hacen que la necesidad de la exención sea aún más crítica. La propuesta revisada también especifica, en respuesta a las preocupaciones planteadas en debates anteriores sobre el amplio alcance de la exención, que se aplicaría solo con respecto a productos y tecnologías sanitarios para la prevención, contención y tratamiento de la COVID-19, incluidas las vacunas, los diagnósticos, los productos terapéuticos, los dispositivos médicos, los equipos de protección personal, sus materiales o componentes, y sus métodos y medios de fabricación. La exención se propone por una duración de al menos tres años, sujeta a una revisión anual según lo dispuesto en el artículo IX.4 del Acuerdo de la OMC.

De conformidad con el procedimiento previsto en el artículo IX.3 del Acuerdo de la OMC, una propuesta de exención de las obligaciones derivadas de un acuerdo cubierto y específico (en este caso, los ADPIC) debe ser considerada primero por el consejo correspondiente (Consejo de los ADPIC) por un período de tiempo que no exceda los 90 días<sup>6</sup>. Al final de este período, el consejo correspondiente debe presentar un informe al Consejo General. En consecuencia, a raíz de la solicitud de exención original presentada en octubre de 2020, el Consejo de los

---

<sup>1</sup> Documento de la OMC IP/C/W/669, 2 de octubre de 2020. Disponible en <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf&Open=True>.

<sup>2</sup> Carlos M. Correa, “Expanding the production of COVID-19 vaccines to reach developing countries: Lift the barriers to fight the pandemic in the Global South”, Informe sobre políticas núm. 92, South Centre, abril de 2021, p. 2. Disponible en <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/04/PB-92.pdf>.

<sup>3</sup> Documento de la OMC IP/C/W/669/Rev 1. Disponible en <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669R1.pdf&Open=True>.

<sup>4</sup> Consulte plantas y animales en su totalidad o en parte de ellos que no sean microorganismos, pero que incluyen semillas, variedades y especies y procesos esencialmente biológicos para la producción o propagación de plantas y animales “Declaración de la embajadora Katherine Tai sobre la exención de ADPIC relacionada con la Covid-19”, 5 de mayo de 2021. Disponible en <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/statement-ambassador-katherine-tai-covid-19-trips-waiver>.

<sup>5</sup> Consulte, p. ej., “MSF aplaude el liderazgo de EE. UU. al renunciar a la propiedad intelectual para las vacunas contra la COVID-19”, 5 de mayo de 2021. Disponible en <https://msfaccess.org/msf-applauds-us-leadership-waiving-ip-covid-19-vaccines>.

<sup>6</sup> Artículo IX.3 (b), Acuerdo de la OMC.

ADPIC había presentado un informe al Consejo General en diciembre de 2020, dentro del período de 90 días, en el que se apuntaba a realizar un examen más detallado de la propuesta en el Consejo de los ADPIC<sup>7</sup>. En este contexto, los proponentes han presentado una propuesta actualizada. Si se puede llegar a un consenso en el Consejo de los ADPIC, el Consejo General adoptará formalmente la exención. Sin embargo, si no es posible llegar a un consenso, la exención todavía puede ser adoptada por una mayoría de tres cuartos si los proponentes piden una votación en el Consejo General<sup>8</sup>. En la práctica, los miembros de la OMC prefieren llegar a decisiones por consenso.

A pesar del creciente apoyo a la exención propuesta, algunos países desarrollados, en particular los miembros de la Unión Europea (UE), continúan oponiéndose a ella<sup>9</sup>. Por lo tanto, no está claro cuál será el alcance final de la exención y cuándo se adoptará la decisión. Será fundamental que los miembros de la OMC adopten una exención que tenga un alcance lo suficientemente amplio y que contribuya a incrementar y diversificar la producción. La rápida conclusión de las negociaciones también será de vital importancia para garantizar que la exención pueda responder de forma eficaz a la emergencia de salud pública en curso.

En la reciente reunión del Consejo de los ADPIC del 8 al 9 de junio de 2021, EE. UU. consideró que las revisiones de la propuesta son "modestas" y sugirió que "...el camino más rápido hacia el consenso sería centrarse...en las acciones necesarias para abordar la oferta y distribución de vacunas específicamente (énfasis agregado)". La Unión Europea (UE) también ha presentado una contra propuesta al Consejo General de la OMC que, entre otras cosas, se centra en facilitar el uso de las flexibilidades disponibles en virtud de los ADPIC, en particular el artículo 31 bis, sin que se acuerde una exención. Por lo tanto, es probable que los países desarrollados insistan en limitar el resultado de las negociaciones sobre la exención a las vacunas y a explorar soluciones alternativas basadas en la colaboración de buena fe por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual (PI). Ese resultado sería muy modesto e inadecuado para atender las necesidades de los países en vías de desarrollo y los países menos desarrollados.

El uso de una exención de los ADPIC para abordar una necesidad de salud pública no tiene precedentes en la OMC. De conformidad con el párrafo 6 de la Declaración Ministerial de Doha de la OMC de 2001 sobre el Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública (en adelante, la Declaración de Doha), se instruyó al Consejo de los ADPIC a encontrar una solución rápida a las dificultades que enfrentan los países con capacidades de fabricación insuficientes o nulas en el sector farmacéutico para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. El Consejo General adoptó una decisión por recomendación del Consejo de los ADPIC, renunciando a las obligaciones establecidas en los artículos 31(f) y 3(h) del Acuerdo, para permitir la exportación de medicamentos en virtud de concesión de licencias obligatorias a esos países, con sujeción a las condiciones contenidas en esa decisión. Esa solución se convirtió en una enmienda permanente mediante la adopción de un protocolo para introducir un nuevo artículo 31bis al acuerdo ADPIC, que ha

---

<sup>7</sup> Consulte el documento de la OMC WT/GC/M/188, págs. 97–110. Disponible en <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:WT/GC/M188.pdf&Open=True>.

<sup>8</sup> Artículo IX.3 (a), Acuerdo de la OMC.

<sup>9</sup> Consulte Kerry Cullinan, "G20 Leaders Promise to Share More Vaccines While EU Digs In Against TRIPS Waiver", *Health Policy Watch*, 21 de mayo de 2021. Disponible en <https://healthpolicy-watch.news/g20-leaders-promise-to-share-more-vaccines-while-eu-digs-in-against-trips-waiver/>. Consulte también G20, *The Rome Declaration*, Cumbre de Mundial de la Salud, 21 de mayo de 2021 (Subrayando la importancia de "...trabajar de manera coherente dentro del Acuerdo sobre los ADPIC y la Declaración de Doha de 2001 sobre el Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública; y promover el uso de herramientas como los acuerdos de licencia voluntaria de propiedad intelectual, la transferencia voluntaria de tecnología y conocimientos técnicos y la puesta en común de patentes en condiciones mutuamente acordadas"). Disponible en [https://www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Approfondimenti/GlobalHealthSummit/GlobalHealthSummit\\_RomeDeclaration.pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Approfondimenti/GlobalHealthSummit/GlobalHealthSummit_RomeDeclaration.pdf).

entrado en vigor después de recibir las ratificaciones requeridas por los miembros de la OMC<sup>10</sup>.

Este documento asume que se adoptará la exención solicitada de las obligaciones de los ADPIC durante el periodo de la pandemia del COVID-19. Explora cómo la implementación de una posible exención de ciertas disposiciones de los ADPIC podría verse afectada por las obligaciones que tienen los Estados con respecto a la propiedad intelectual en virtud de los tratados de libre comercio (TLC) bilaterales o regionales aplicables y los acuerdos internacionales de inversión (AI), y cómo la exención podría ser implementada por superando dichas obligaciones. El documento también se basa en el supuesto de que la exención tendría un alcance amplio para cubrir todas las tecnologías y productos sanitarios para la COVID-19, no solo vacunas. No considera cuestiones que puedan surgir con respecto a la implementación de la exención conforme a la ley constitucional o las leyes nacionales aplicables, o sobre la posible necesidad de adoptar medidas que permitan a los tribunales denegar las órdenes judiciales preliminares o permanentes si se reclama una violación de los derechos de propiedad intelectual cubiertos por una exención.

---

<sup>10</sup> Sin embargo, el sistema previsto en el artículo 31 bis exige el cumplimiento de una serie de condiciones que han hecho inviable e inadecuado la fabricación y el suministro rápidos y escalonados de productos farmacéuticos a países con capacidad de fabricación insuficiente o nula. Consulte Carlos M. Correa, "Will the Amendment to the TRIPS Agreement Enhance Access to Medicines?", Informe sobre políticas núm. 57, South Centre, enero de 2019. Disponible en [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/01/PB57\\_Will-the-Amendment-to-the-TRIPS-Agreement-Enhance-Access-to-Medicines\\_EN-1.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/01/PB57_Will-the-Amendment-to-the-TRIPS-Agreement-Enhance-Access-to-Medicines_EN-1.pdf).

## 2 EFECTOS DE UNA EXENCIÓN CONFORME A LA LEGISLACIÓN DE LA OMC

Conforme a la legislación de la OMC, según se interpreta a través de la jurisprudencia, una exención es de naturaleza excepcional y se limita a las disposiciones específicas que se exigen. Asimismo, los términos y condiciones de una exención deben interpretarse de manera restrictiva. En *EC-Bananas III*, el Órgano de Apelación sostuvo que una exención no constituye un acuerdo posterior entre las partes en un tratado en términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por lo tanto, no puede interpretarse como una modificación o enmienda de las obligaciones que los miembros tienen en virtud del acuerdo cubierto. Además, debe autorizarse una exención por un período de tiempo limitado. Sin embargo, tal como lo demuestra la exención autorizada por el Consejo General de conformidad con el párrafo 6 de la Declaración de Doha sobre los ADPIC y la Salud Pública (en adelante, la Declaración de Doha), una exención puede durar un período prolongado porque el problema específico que aborda podría materializarse en diferentes momentos para los diferentes miembros de la OMC.

Cualquier medida adoptada en virtud de una exención no está exenta de ser impugnada en un procedimiento de solución de diferencias de la OMC, a menos que los términos de la exención establezcan lo mismo. Por ejemplo, la decisión de exención del Consejo General basada en la Declaración de Doha incluía específicamente una moratoria contra la impugnación de cualquier medida adoptada de conformidad con esa exención. Se ha incluido una disposición similar en la propuesta de exención de los ADPIC para la COVID-19. Sin embargo, esto no excluiría una posible reclamación de solución de diferencias contra una medida que una parte reclamante podría considerar que está fuera del alcance de la exención, basándose en una interpretación estricta de sus términos. Esto hace que los términos de la exención sean de importancia crítica para garantizar la adaptación de todas las medidas posibles que podrían tomarse para superar las barreras de propiedad intelectual con respecto a los productos y tecnologías de salud para la COVID-19.

Esto también significa que, al implementar la exención, será importante garantizar que los miembros de la OMC diseñen sus instrumentos de política legislativos, administrativos y de política pertinentes para utilizar la exención respetando estrictamente los términos de dicha exención. De lo contrario, esas medidas podrían estar sujetas a quejas de solución de diferencias sobre la base de que las medidas están más allá de los términos y condiciones de la exención.

### **3 IMPLICACIONES EN LOS TLC DE LA UTILIZACIÓN DE UNA EXENCIÓN**

Es evidente que una exención del Acuerdo sobre los ADPIC solo eximirá las disposiciones cubiertas de ese acuerdo en relación con los productos y tecnologías de salud relacionados con la COVID-19. Por lo tanto, al implementar la exención, los miembros de la OMC también tendrán que hacer frente a las obligaciones que han adoptado con respecto a la propiedad intelectual en virtud de varios TLC. Una lectura estricta de los términos de la exención, como sugiere la jurisprudencia existente de la OMC, implicará que las obligaciones derivadas de los TLC no se cubrirán implícitamente.

Si bien una exención del Acuerdo sobre los ADPIC se aplicaría a los derechos de propiedad intelectual cubiertos por el Acuerdo y eximiría de las obligaciones conexas en virtud del mismo, no renunciará en sí mismo a las obligaciones ADPIC-plus que no surjan del Acuerdo sobre los ADPIC pero se asuman en virtud de los TLC, tales como las obligaciones por parte de autoridades reguladoras de medicamentos para denegar la autorización de la aprobación de comercialización a versiones genéricas de medicamentos que están bajo protección de patente, o para autorizar exclusividad de datos durante un período específico sobre los datos de ensayos clínicos presentados por un creador. Por lo tanto, puede ser necesario ejecutar exenciones complementarias en virtud de los TLC, incluso para las disposiciones ADPIC-plus.

Es interesante señalar a este respecto que el artículo 18.6 (1) (c) del capítulo de PI del Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (TPP) prevé exenciones en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC en relación con la salud pública. Esta disposición establece:

si cualquier exención de cualquier disposición del Acuerdo sobre los ADPIC, o cualquier enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC, entra en vigor con respecto a las Partes, y la aplicación por una Parte de una medida de conformidad con esa exención o enmienda es contraria a las obligaciones de este Capítulo, **las Partes se consultarán inmediatamente para adaptar este Capítulo según corresponda a la luz de la exención** o enmienda (énfasis agregado).

Esta disposición del TPP es similar al artículo 20.6 (c) del Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (T-MEC). Esto significa que, en lo que respecta a las partes del TPP y el T-MEC, una exención de los ADPIC no debe verse obstaculizada por ninguna obligación en virtud de esos acuerdos, ya que las partes tienen la obligación de realizar consultas de inmediato y alinear las disposiciones del TLC con la exención de los ADPIC.

Muchos otros TLC también contienen disposiciones que se refieren a la relación con los ADPIC. Por ejemplo, el artículo 11.8 (1) (b) y (c) del Acuerdo de Asociación Económica Integral Regional (RCEP) establece que "las Partes acuerdan que este Capítulo no impide ni debe impedir que una Parte tome medidas para proteger la salud pública" y que "...las Partes afirman que este Capítulo puede y debe ser interpretado e implementado de manera que apoye el derecho de cada Parte a proteger la salud pública y, en particular, a promover el acceso a los medicamentos para todos". Algunos TLC, por ejemplo, el TLC Estados Unidos-República Dominicana-Centroamérica (DR-CAFTA) aclara a través de cartas complementarias que las obligaciones conforme al TLC "no afectan la capacidad de ninguna de las Partes para tomar las medidas necesarias para proteger la salud pública mediante la

promoción acceso a medicamentos para todos... "11. Estados Unidos ha presentado dichas cartas complementarias como exenciones por motivos de salud pública, aunque el peso legal de dichas cartas complementarias puede ser muy bajo<sup>12</sup>. Por lo tanto, no está claro hasta qué punto tales disposiciones generales o cartas complementarias permitirían a una parte ignorar sus obligaciones en virtud del TLC en el contexto de la implementación de una exención de los ADPIC.

Si bien es posible que no existan disposiciones similares para dar efecto a una exención de los ADPIC en varios otros TLC, si una exención se adopta por consenso entre los miembros de la OMC, debería ser posible que ellos den efecto a la exención en el contexto de los TLC. En particular, los principales socios comerciales en los TLC, como los EE. UU. y la UE, pueden hacer efectiva la exención absteniéndose de invocar los derechos en virtud de los TLC de los que son parte con los países en vías de desarrollo.

Otra posible opción podría ser incluir en la decisión de exención en sí misma una redacción específica que indique el compromiso de los miembros de la OMC de no invocar ninguna disposición de los TLC que frustraría la utilización de la exención si una de las partes de un TLC optara por hacerlo. Cabe recordar que la exención autorizada por el Consejo General de conformidad con el párrafo 6 de la Declaración de Doha permitía que los países en vías de desarrollo o los países menos desarrollados que son partes en acuerdos comerciales regionales, y al menos la mitad de cuyos miembros estaban compuestos por países menos desarrollados, exporten productos farmacéuticos importados en virtud del sistema a todos los demás países en vías de desarrollo o países menos desarrollados que son partes en esos acuerdos comerciales regionales<sup>13</sup>. Por lo tanto, dar efecto a una exención del Acuerdo sobre los ADPIC para las partes en los TLC no tiene precedentes en la OMC.

En ausencia de una redacción específica en el TLC o en la decisión que se acuerde para la exención temporal de las disposiciones del ADPIC, y en el caso de que una medida adoptada por un Estado en virtud de dicha exención sea impugnada en virtud del mecanismo de solución de diferencias aplicable en virtud de un TLC, la doctrina general de los actos propios en la ley internacional puede invocarse para denegar la consideración de reclamaciones que impugnen las medidas que implementan la exención, tal y como se analiza a continuación.

---

<sup>11</sup> Bryan Mercurio, "TRIPS-Plus Provisions in FTAs: Recent Trends", en Lorand Bartels y Federico Ortino (eds.), *Regional-Trade Agreements and the WTO Legal System* (Oxford University Press, 2006), p. 234. Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=947767](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947767).

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Documento de la OMC, WT/L/540 y Corr.1, 30 de agosto de 2003, párrafo 6. Disponible en [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/implem\\_para6\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm).



## 4 DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

La doctrina de los actos propios es un principio general del derecho internacional que podría ser relevante en este contexto. La doctrina se basa en la noción de que un Estado debe ser coherente en su actitud ante una determinada situación fáctica o jurídica<sup>14</sup>. En otras palabras, si un Estado acepta una exención en relación con la protección y observancia de la propiedad intelectual en la OMC, será legítimo que otros Estados esperen una actitud similar en relación con los asuntos de propiedad intelectual en otros acuerdos aplicables entre ellos. La esencia de esta doctrina es la expectativa legítima de una previsibilidad razonable de cómo reaccionará un Estado ante un problema. Como señaló el renombrado jurista Lord McNair, "...la jurisprudencia internacional tiene cabida para cierto reconocimiento del principio de que un Estado no puede soplar frío y calor: *allegans contraria non audiendus est*".

El artículo 45 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establece que la responsabilidad de un Estado no puede invocarse si a) el Estado lesionado ha **renunciado** válidamente a la reclamación; o b) si se puede considerar que el Estado lesionado, por su conducta, ha aceptado válidamente la caducidad de la reclamación. Esto expresa el principio general del derecho internacional de que una renuncia puede ser expresa o puede estar implícita en la conducta del Estado reclamante. Dado que la exención de los ADPIC será una exención expresa sobre el mismo tema sobre el que algunos de los miembros de la OMC pueden tener obligaciones legales en virtud de los TLC, sería lógico deducir que a través de la negociación de una exención expresa en el marco de los ADPIC, los miembros de la OMC han renunciado a las obligaciones correspondientes relacionadas con tecnologías y productos sanitarios para la COVID-19 en virtud de los TLC.

---

<sup>14</sup> I.C. MacGibbon, "Estoppel in International Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, núm.3, 1958, p. 468.

## 5 POSIBLES DEFENSAS CONFORME A ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Actualmente, hay alrededor de 2.622 AII en vigencia<sup>15</sup>. De estos, casi el 90 por ciento contiene una definición amplia de "inversión". Dichas definiciones, más conocidas como definiciones "basadas en activos", generalmente amplían el alcance de la protección de los AII más allá de la inversión extranjera directa para abarcar "todo tipo de activo" o "cualquier tipo de activo"<sup>16</sup>, que pueden incluir intangibles, incluidos los derechos de propiedad intelectual. Casi 1.200 AII mencionan explícitamente los derechos de propiedad intelectual, la propiedad intangible o las patentes y otros derechos de propiedad intelectual como inversiones protegidas<sup>17</sup>. Las disposiciones incluidas en los AII podrían permitir que los tribunales de solución de diferencias entre inversores y Estados (SDIE) consideren reclamaciones relacionadas con "inversiones" basadas en derechos de propiedad intelectual y, en consecuencia, tengan un efecto paralizador en la implementación de la exención propuesta por los ADPIC.

El derecho de la OMC y los AII se han concebido tradicionalmente como regímenes autónomos de derecho internacional<sup>18</sup>, lo que básicamente significa que la implementación e interpretación de los acuerdos de la OMC y los AII son independientes de los principios o disposiciones incluidos en otros regímenes legales internacionales. Si bien hay algunos casos en los que los tribunales de ISDS han sido respetuosos con la jurisprudencia de la OMC, lo han hecho a través del análisis comparado porque los Estados han planteado la jurisprudencia de la OMC como defensa. En esos casos, los tribunales han considerado las "características institucionales únicas de la solución de diferencias entre inversionistas y Estados"<sup>19</sup> por encima de ciertas interpretaciones de los paneles de la OMC, y en la mayoría de los casos, los tribunales de SDIE han rechazado las defensas de los Estados basándose en otras ramas del derecho internacional<sup>20</sup>. También debe señalarse en este contexto, como se discutió anteriormente, que la jurisprudencia de la OMC con respecto a las decisiones de exención es limitada.

El sistema de SDIE podría reducir el alcance de los Estados para revisar sus decisiones a nivel nacional adoptadas para mejorar sus medidas o modificarlas para lograr el bienestar público<sup>21</sup>, y podría utilizarse para socavar los sistemas judiciales de los Estados eludiendo las decisiones de los tribunales nacionales. Los tribunales de SDIE pueden determinar el derecho aplicable en cada caso, así como los métodos y principios de interpretación, lo que puede dar lugar a una serie de interpretaciones restrictivas en la aplicación de otras disciplinas y

---

<sup>15</sup> UNCTAD, Centro de políticas de inversión en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. Se accedió el 31 de mayo de 2021.

<sup>16</sup> Consulte: Kinda Mohamadieh y Daniel Uribe, *Approaches to International Investment Protection: Divergent approaches between the TPPA and Developing Countries' Model Investment Treaties*, Documento de investigación núm. 68, (Génova, South Centre, junio de 2016). Disponible en [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/06/RP68\\_Approaches-to-International-Investment-Protection\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/06/RP68_Approaches-to-International-Investment-Protection_EN.pdf). Se accedió el 31 de mayo de 2021.

<sup>17</sup> Consulte: Ben van der Merwe, *Opinion: A TRIPS waiver won't stop pharma lawsuits*, Investment Monitor (junio de 2021) en <https://investmentmonitor.ai/business-activities/covid-19/trips-waiver-pharma-lawsuits-covid> Se accedió el 2 de junio de 2021.

<sup>18</sup> Anja Lindroos y Michael Mehling, "Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' International Law and the WTO". *The European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 5 (2006), págs. 861–866.

<sup>19</sup> Jorgen Kurtz, "The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontents," *The European Journal of International Law* Vol. 20 núm. 3 (2009), p. 763.

<sup>20</sup> Consulte: International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Caso CIADI núm. ARB/07/26.

<sup>21</sup> Consulte: The Court of Justice of the European Union, *Opinion 1/17 (ECLI:EU:C:2019:341)*, 30 de abril de 2019, párr. 150.

principios del derecho internacional. Por ejemplo, las defensas de los Estados basadas en obligaciones derivadas de otros instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes han sido rechazadas por los tribunales del ISDS, argumentando que las obligaciones positivas, u obligaciones de desempeño, solo pueden ser asumidas por inversionistas privados bajo instrumentos específicos derivados del derecho interno (contratos civiles o comerciales) o mediante la inclusión de obligaciones de cumplimiento en los AII<sup>22</sup>.

Incluso en tiempos de crisis, se han presentado reclamaciones ante tribunales de SDIE contra los Estados. Casi el 25 % del número total de casos iniciados desde la década de 2000 fueron contra Estados que enfrentan graves crisis económicas o Estados que enfrentan una transición política que requiere medidas sociales y políticas para superarla<sup>23</sup>. Por lo tanto, existe una preocupación razonable sobre la posibilidad de que los inversores cuestionen el curso de acción de los Estados al abordar las medidas relacionadas con la salud pública para detener la propagación del coronavirus, incluida la adquisición de equipo de protección personal, pruebas de diagnóstico y la obtención de medicamentos y equipos necesarios como tratamiento para la COVID-19<sup>24</sup>. Del mismo modo, incluso en virtud de una exención de la OMC, las empresas farmacéuticas pueden presentar reclamaciones "contra el país anfitrión alegando que la suspensión o la no aplicación de los derechos de propiedad intelectual"<sup>25</sup> equivale a una infracción de las disposiciones de los AII, lo que repercute negativamente en el espacio político necesario para que los países en vías de desarrollo superen los desafíos derivados de la pandemia de la COVID-19. Este escenario se ha vuelto plausible ya que los bufetes de abogados internacionales se están preparando para iniciar varios casos contra los gobiernos por las medidas tomadas durante la crisis del coronavirus. Los abogados dicen que los inversores pueden presentar reclamaciones por la pérdida de beneficios esperados como resultado de las medidas gubernamentales para proteger la salud pública y proporcionar alivio económico<sup>26</sup>.

Tal como se señaló, la mayoría de los TBI y los AII incluyen los derechos de propiedad intelectual como inversiones protegidas, que generalmente se definen como cualquier "activo" en poder de una persona física o jurídica extranjera. Si bien las reclamaciones relacionadas con los derechos de propiedad intelectual pueden no estar sujetas al ISDS en virtud del capítulo de propiedad intelectual de un TLC, pueden presentarse para su resolución en el respectivo capítulo de inversión del acuerdo<sup>27</sup>.

A diferencia del caso de las disposiciones legales directamente relacionadas con la protección de los derechos de propiedad intelectual (como las leyes nacionales de patentes y las

---

<sup>22</sup> Consulte: *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, párr. 1210.

<sup>23</sup> Consulte: Federico Lavopa, "Crisis, Emergency Measures and the Failure of the ISDS System: The Case of Argentina", Informe de políticas de inversión núm. 2, South Centre (2015).

<sup>24</sup> Consulte el Rastreador de respuesta del sistema de salud de la OCDE aquí: <https://www.oecd.org/health/COVID19-OECD-Health-System-Response-Tracker.xlsx>.

<sup>25</sup> Prabhash Ranjan, "TRIPS Waiver: A BIT of a Challenge for India", *The Wire* (mayo de 2021) en <https://thewire.in/trade/trips-waiver-a-bit-of-a-challenge-for-india> (se accedió el 4 de junio de 2021)

<sup>26</sup> Pia Eberhardt, "Cashing in on the pandemic: how lawyers are preparing to sue states over COVID-19 response measures" (Corporate Europe Observatory, 18 de mayo de 2020). Disponible en <https://corporateeurope.org/en/2020/05/cashing-pandemic-how-lawyers-are-preparing-sue-states-over-covid-19-response-measures>.

<sup>27</sup> "¿El capítulo de propiedad intelectual del TPP estará sujeto al arbitraje de diferencias entre inversores y Estados (ISDS)?"

No. El Capítulo de Propiedad Intelectual del TPP no se puede hacer cumplir directamente a través del ISDS. Una disputa del ISDS conforme al TPP solo se puede entablar en relación con la propiedad intelectual cuando ha habido una presunta violación de un compromiso en el Capítulo de Inversión de las Preguntas y Respuestas de Australia sobre el TPP, consulte <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/cptpp/outcomes-documents/Pages/cptpp-intellectual-property#:~:text=Will%20the%20Intellectual%20Property%20Chapter,be%20directly%20enforced%20via%20ISDS.>

disposiciones de los acuerdos internacionales, si son directamente aplicables)<sup>28</sup>, el ejercicio de los derechos de los inversores no puede dar lugar a medidas cautelares que impidan al presunto infractor continuar fabricando o vendiendo un producto protegido por derechos de propiedad intelectual, sino a demandas para que el Estado anfitrión pague una compensación por el presunto incumplimiento de sus obligaciones con respecto al titular de los derechos de propiedad intelectual como "inversor".

A pesar de que la inclusión de los DPI en los tratados bilaterales de inversión (TBI) y otros AI no es nueva<sup>29</sup>, existe poca jurisprudencia sobre el alcance y la extensión de la protección conferida a los titulares de derechos como "inversores". Solo en tres casos los tribunales de arbitraje se han ocupado de situaciones en las que estaban involucrados los derechos de propiedad intelectual<sup>30</sup>. Además, el derecho internacional de inversiones está muy fragmentado y las interpretaciones dadas en un caso particular no tienen valor de precedente para otros casos; asimismo, los mismos conceptos suelen aplicarse de maneras diferentes e incluso contradictorias por los tribunales de arbitraje, lo que genera una gran imprevisibilidad en los resultados de los litigios de inversión<sup>31</sup>.

Pueden articularse diferentes defensas para evitar que una reclamación de inversión tenga éxito. Algunas de ellas se discuten brevemente a continuación<sup>32</sup>.

## 5.1 Definición de inversión protegida

Los TBI y otros AI incluyen los DPI por referencia a cualquier "activo", "propiedad" (incluidos los intangibles) o por referencias específicas a dichos derechos en general o, como es la tendencia en los acuerdos más recientes, enumerando las **categorías** de propiedad intelectual cubierta, tales como patentes, derechos de autor, diseños, secretos comerciales, etc.<sup>33</sup>

Si bien la cobertura, en principio, de los DPI puede estar fuera de cualquier controversia en la mayoría de los TBI y AI, una pregunta adicional y más compleja es **cuándo** un DPI en

---

<sup>28</sup> En muchos países, las disposiciones suficientemente detalladas de los acuerdos internacionales se consideran auto ejecutables y pueden ser invocadas directamente por partes privadas y aplicadas por los tribunales. Este es el caso particular de los países latinoamericanos.

<sup>29</sup> Consulte, p. ej., Carlos Correa, "Bilateral Investment Agreements: Agents of New Global Standards for the Protection of Intellectual Property Rights?" GRAIN, 2004. Disponible en <https://grain.org/article/entries/125-bilateral-investment-agreements-agents-of-new-global-standards-for-the-protection-of-intellectual-property-rights>; Rachel A. Lavery, "Coverage of Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Empirical Analysis of Definitions in a Sample of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements" (2009) 6(2) Transnational Dispute Management 1.

<sup>30</sup> Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A and Abal Hermanos S.A v. Oriental Republic of Uruguay, Caso CIADI núm: ARB/10/7, Laudo (8 de julio de 2016) [en adelante, Philip Morris v Uruguay]; Eli Lilly and Company v. El Gobierno de Canadá, UNCITRAL, Caso CIADI núm. UNCT/14/2, Laudo (16 de marzo de 2017) [en adelante, Eli Lilly v. Canadá]; Bridgestone Licensing Services, Inc. And Bridgestone Americas, Inc. v. República de Panamá (Caso CIADI núm. ARB/16/34) Decisión sobre Excepciones Aceleradas (13 de diciembre de 2017) [en adelante *Bridgestone v. Panama*].

<sup>31</sup> Consulte, p. ej., August Reinisch, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration", en I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet y S. Wittich (eds), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner* (BRILL 2008) 107–126; Giovanni Zarra, "The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform?", *Chinese Journal of International Law*, Volumen 17, Número 1, marzo de 2018, páginas 137–185, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmy005>.

<sup>32</sup> Este artículo no pretende ofrecer un análisis exhaustivo de dichas defensas, sino solo destacar algunas de ellas.

<sup>33</sup> Consulte, p. ej., Carlos Correa, "Intellectual Property as Protected Investment: Redefining the Reach of Investors' Rights" in Geiger C. (ed), *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law* (Edward Elgar 2020) 120–136; Pratyush Nath Upreti, "The Role of National and International Intellectual Property Law and Policy in Reconceptualising the Definition of Investment" (2021) 52 IIC 103–136. Disponible en <https://doi.org/10.1007/s40319-020-01009-7>.

particular califica como una "inversión protegida"; es decir, cuándo se cumplen los requisitos para considerarla como tal. De hecho, muchos acuerdos no definen qué es una "inversión protegida" (este es el caso del CIADI) o la definen en términos imprecisos y, por lo tanto, si un DPI en particular está protegido o no depende de la redacción del tratado en particular y las (variables) interpretaciones de los tribunales de arbitraje en los casos en que surgen litigios.

Hay diversos ejemplos de TBI y AI que proporcionan ciertos elementos para caracterizar una inversión como protegida. Por ejemplo, el Artículo 14.1 del T-MEC define "inversión" como:

todo activo que un inversionista posee o controla, directa o indirectamente, que tiene las características de una inversión, incluidas características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancia o ingreso, o la asunción de riesgo.

Otros acuerdos recientes (por ejemplo, el TBI de 2005 entre Uruguay y EE. UU. y el TBI de 2019 entre la UE y Vietnam) agregan "una cierta duración" a los elementos mencionados en el T-MEC.

En *Salini v. Marruecos*, el tribunal de arbitraje identificó cinco elementos que caracterizarían una inversión protegida. Incluyen los elementos mencionados anteriormente, pero, lo que es más importante, el tribunal agregó la "contribución al desarrollo económico del estado anfitrión"<sup>34</sup>. Se trata de una mejora significativa, ya que, en última instancia, puede ayudar a equilibrar los derechos de los inversores con el deber de contribuir al desarrollo del país anfitrión<sup>35</sup>.

Asimismo, en *MHS v. Malasia* el tribunal opinó, en relación con el significado del Artículo 25.1 del Convenio del CIADI, que incluso si se encontraran las cinco condiciones en la prueba de Salini, esto no significaría automáticamente que existe una inversión protegida. El tribunal sostuvo que:

Los sellos distintivos clásicos de *Salini* no son una lista de elementos que, si se marcan por completo, llevarán automáticamente a la conclusión de que hay una "inversión". Si alguno de estos sellos distintivos está ausente, el tribunal dudará (y probablemente se negará) a hacer una determinación de "inversión". Sin embargo, incluso si todos están presentes, un tribunal seguirá examinando la naturaleza y el grado de su presencia para determinar si, en una evaluación integral, se considera que existe una "inversión" del CIADI<sup>36</sup>.

Sin embargo, a pesar de la heterogeneidad mencionada anteriormente en las interpretaciones del derecho de inversiones, no todos los tribunales han seguido estos enfoques. Se ha señalado al respecto que si bien:

Cuatro de los criterios *Salini* están ganando aceptación, el quinto (la contribución al desarrollo económico del país anfitrión) ha recibido menos atención. Asimismo, aceptar los criterios de *Salini* es un asunto que queda a discreción de los tribunales; además, los criterios han sido elaborados en relación con el Convenio del CIADI y no necesariamente entran en juego en arbitrajes conducidos bajo otras reglas

<sup>34</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (Caso CIADI núm. ARB/00/4), disponible en <https://www.italaw.com/cases/958>.

<sup>35</sup> Consulte, p. ej., L. Ngobeni, "Do the SALINI Criteria apply to the Definition of an Investment provided in Annex 1 of the 2006 and 2016 SADC Protocol on Finance and Investment? An Assessment" (2020), 23 PER / PELJ. Disponible en [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1727-3781202000100025](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-3781202000100025).

<sup>36</sup> *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. the Government of Malaysia* (Caso CIADI núm. ARB/05/10), párr.106(e). Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf>.

procesales. Aún así, ofrecen un punto de entrada para los tribunales que reconocen la necesidad de inversión para contribuir al desarrollo sostenible<sup>37</sup>.

El quinto criterio de las pruebas de *Salini* (la contribución al desarrollo económico del país anfitrión) ha sido el más problemático para algunos tribunales. En *LESI SpA v Algeria*, por ejemplo, el tribunal sugirió que el requisito de si una inversión ha contribuido al desarrollo del estado anfitrión estaba implícito en aquellos relacionados con el compromiso, la duración y el riesgo de una inversión<sup>38</sup>. Por el contrario, ese criterio se incorporó plenamente en el modelo de TBI elaborado por la India, lo que representa un avance significativo en la determinación del alcance y la extensión de la protección de las inversiones<sup>39</sup>.

Si se adoptara una exención de los ADPIC, ¿podría el alcance y el tipo de explotación de los DPI (incluida su contribución al desarrollo del país anfitrión) influir en su consideración como "inversión protegida"<sup>40</sup>? La respuesta a esta pregunta ciertamente puede diferir dependiendo de los términos del AIJ pertinente y de la interpretación que el tribunal de arbitraje pueda dar a sus disposiciones. Dado que los tribunales se conforman *ad hoc* y que, como se señaló, los laudos del tribunal no tienen valor de precedente, los gobiernos enfrentan una enorme inseguridad jurídica al respecto.

En la decisión acelerada sobre jurisdicción en *Bridgestone License v. Panamá*, uno de los pocos casos en los que se consideró la cuestión de los DPI como inversión<sup>41</sup>, el tribunal afirmó que la **explotación** de una marca le confiere la característica de una inversión protegida<sup>42</sup>. Si bien esta opinión excluiría los derechos de propiedad intelectual que están simplemente registrados pero no explotados, ¿podría considerarse que la simple explotación es suficiente para hacer valer los derechos de los inversores si no se cumplen otras condiciones?

En resumen, la jurisprudencia sobre inversiones proporciona una base para que el gobierno reclamante articule, como primera defensa, la ausencia de una inversión protegida si los elementos que caracterizan dicha inversión, tal como se definen, por ejemplo, de acuerdo con

---

<sup>37</sup> Karl Sauvant, "Promoting Sustainable FDI through International Investment Agreements" (2019), Columbia FDI Perspectives, Perspectives on topical foreign direct investment issues No. 251. Disponible en <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-zgc5-x057>. Consulte también Alex Grabowski, "The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini" (2014) 15(1) *Chicago Journal of International Law*. Disponible en <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=cjil>.

<sup>38</sup> *LESI SpA et Astaldi SpA v Algeria* (Caso CIADI núm. ARB/05/3), Decisión sobre jurisdicción [12 de julio de 2006], párr. 72(iv). Disponible en [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0456\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0456_0.pdf).

<sup>39</sup> Texto modelo para el Tratado Bilateral de Inversiones de la India. Disponible en [https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT\\_Annex\\_0.pdf](https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf).

<sup>40</sup> Una patente no puede ser i) explotada ni por importación ni por producción local; ii) simplemente explotada mediante la importación, o (iii) explotada mediante la producción local realizada por el titular de la patente o un licenciatario.

<sup>41</sup> En *Eli Lilly v. Canada*, el demandado no objetó la jurisdicción del tribunal basándose en argumentos sobre la existencia de una inversión protegida a pesar de que Eli Lilly no tenía otros activos en Canadá que las patentes revocadas (sobre 'Strattera' y 'Zyprexa') y que las patentes eran nulas *ex tunc*. Consulte, p. ej., Carlos Correa, "Modelling Patent Law Through Investment Agreements", en *Investment Treaties: Views and Experiences from Developing Countries* (South Centre 2015). Disponible en [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/05/Bk\\_2015\\_Investment-Treaties\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/05/Bk_2015_Investment-Treaties_EN.pdf). Si bien el uso de marcas comerciales fue un tema clave en *Philips Morris v. Uruguay*, los intereses de las empresas en Uruguay se "tomaron en su conjunto, incluidas las acciones de la empresa, las instalaciones, las operaciones en Uruguay y las marcas registradas de Philip Morris, y constituían una inversión protegida"; (Consulte, Simon Klopschinski, Christopher Gibson y Henning Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law* (OUP 2021) 137). También consulte Alebe Linhares Mesquita y Vivian Daniele Rocha Gabriel, "Countries' Policy Space to Implement Tobacco Packaging Measures in the Light of Their International Investment Obligations: Revisiting the Philip Morris v. Uruguay Case", (2021) Informe de políticas de inversión del South Centre núm. 20. Disponible en <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/01/Investment-PB-20.pdf>.

<sup>42</sup> Pratyush Nath Upreti, "IP Licence, Trademarks and ISDS: Bridgestone v. Panama" (2018), Informe de políticas de inversión de South Centre núm. 13. Disponible en [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2018/12/IPB13\\_IP-Licence-Trademarks-and-ISDS-Bridgestone-v.-Panama\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2018/12/IPB13_IP-Licence-Trademarks-and-ISDS-Bridgestone-v.-Panama_EN.pdf).

la prueba de Salini, no están presentes en el caso particular, sin perjuicio de otras defensas que se analizan a continuación.

## 5.2 Exenciones en virtud de los All

Los All de la vieja generación incluyen un lenguaje vago sobre los estándares de protección de las inversiones en virtud de sus disposiciones. Estos estándares agregan una capa de protección para los inversionistas cuando operan en el extranjero al proporcionar obligaciones horizontales que requieren que los Estados brinden protección a los inversionistas e inversiones, en particular la no discriminación, el trato justo y equitativo, la protección contra la expropiación ilegal y la denegación de justicia. Paralelamente, algunos All pueden excluir determinados sectores o medidas de política de la protección de los acuerdos de inversión, en particular mediante la inclusión de excepciones.

Estas disposiciones de los All se caracterizan como medidas no precluidas (MNP) y sirven como reglas legales primarias que limitan o eximen de la aplicación del tratado a determinadas medidas de política estatal<sup>43</sup>. En términos generales, estas disposiciones se basan en un modelo de "prohibición o restricción"<sup>44</sup>, lo que implica que el acuerdo en cuestión no restringirá ni prohibirá la adopción de medidas que persigan el cumplimiento de ciertos intereses de los Estados, por ejemplo, consideraciones esenciales de seguridad y preocupaciones generales de política pública<sup>45</sup>, incluidos los derechos humanos y la salud. Por ejemplo, el artículo 9.8 del TLC Australia-China estipula:

"A los efectos de este Capítulo y sujeto al requisito de que dichas medidas no se apliquen de manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificable entre inversiones o entre inversionistas, o una restricción encubierta al comercio o inversión internacional, **nada de lo que aparece en este Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o haga cumplir medidas:**

(a) **necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal (...)** (énfasis añadido)."<sup>46</sup>

El All Marruecos-Nigeria utiliza un lenguaje más amplio para referirse a las medidas que pueden poner límites a las actividades de inversión:

**"Nada de lo que aparece en este Acuerdo se interpretará para evitar que una Parte adopte, mantenga o aplique, de manera no discriminatoria, cualquier medida que sea compatible con este Acuerdo que considere apropiada para garantizar que la actividad de inversión en su territorio se lleve a cabo de una manera sensible a las preocupaciones ambientales y sociales"** (énfasis añadido).

En principio, la inclusión de excepciones en los All debe evitar que se genere responsabilidad internacional por la adopción de medidas por parte del Estado, que estén relacionadas con

<sup>43</sup> William W. Burke-White y Andreas von Staden, "Investment protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Revista de Derecho Internacional de Virginia*, vol. 48 (2007), págs. 321–322.

<sup>44</sup> Consulte: Pathirana D y McLaughlin M, "Non-Precluded Measures Clauses: Regime, Trends, and Practice", en Julien Chaisse, Leïla Choukroune y Sufian Jusoh (eds), *Handbook of International Investment Law and Policy* (Springer Singapur 2019). Disponible en [http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2\\_6-1](http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2_6-1). Se accedió el 8 de junio de 2021.

<sup>45</sup> Consulte: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Mapeo del contenido de los All, Centro de políticas de inversión en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping>.

<sup>46</sup> Consulte: Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de Australia y la República Popular de China, Artículo 9.8 (a) en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3454/download>. Se accedió el 4 de junio de 2021.

los objetivos descritos como MNP en el acuerdo. No obstante, el lenguaje ambiguo que se utiliza periódicamente en estas disposiciones, y la inclusión de estándares de “discriminación arbitraria o injustificable”, han permitido a los tribunales del ISDS examinar cada vez más el alcance y los efectos de las disposiciones de las MNP<sup>47</sup>, transformar la "excepción" en una defensa afirmativa de los Estados por incumplimiento de las obligaciones conforme al acuerdo internacional de inversión<sup>48</sup>, asumiendo el riesgo de hacer que las MNP no sean efectivas.

Dado que los efectos de una posible exención de la OMC sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con la pandemia de la COVID-19 pueden dar paso a las reclamaciones del ISDS planteadas por los titulares de derechos de propiedad intelectual, los Estados deben considerar cuidadosamente los requisitos necesarios para que estas medidas relacionadas con los derechos de propiedad intelectual se consideren conforme a las "excepciones" de sus AI para preservar su autonomía regulatoria y justificarlos ante los tribunales del ISDS: de lo contrario, los objetivos de la exención de la OMC podrían verse socavados por el arbitraje del ISDS.

---

<sup>47</sup> Consulte: Lorenza Mola, "International Investment Arbitration and Serious Economic Crises: Lessons Learned in the Argentinean Crisis of 2000–2001", en *International Investment Law in Latin America*, Leiden, The Netherlands: Brill, Nijhoff. doi: [https://doi.org/10.1163/9789004311473\\_014](https://doi.org/10.1163/9789004311473_014).

<sup>48</sup> Prabhash Ranjan y Pushkar Anand, "Covid-19, India, and Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Will India Be Able to Defend Its Public Health Measures?" *Asia Pacific Law Review*, vol. 28, núm. 1 (2020), p. 229.



## 6 MEDIDAS NO EXCLUIDAS, OBJETIVOS DE POLÍTICA ADMISIBLES, REQUISITOS DE VINCULACIÓN Y ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD

Las medidas no excluidas (MNP), generales o referidas de otro modo a un estándar de protección, se componen de dos elementos diferentes, objetivos permisibles y requisitos de vinculación. Los objetivos admisibles se refieren a los sectores o medidas que siguen siendo admisibles, incluso si dan lugar al incumplimiento de los estándares de protección de las inversiones<sup>49</sup>. En el caso de la pandemia de la COVID-19, “salud”, “interés esencial de seguridad” y “circunstancias de extrema emergencia” podrían ser posibles objetivos permisibles utilizados como defensas en casos de ISDS<sup>50</sup>.

Con respecto a la propuesta de exención de la OMC, los objetivos de salud pública incluidos en las cláusulas de las MNP podrían ser los más claramente permisibles con respecto a las amenazas del ISDS. Las medidas necesarias para proteger la salud pública son las más susceptibles a pruebas científicas objetivas<sup>51</sup>. En *Philip Morris v. Oriental Republic of Uruguay*<sup>52</sup>, el tribunal consideró la “decisión de política legislativa tomada en el contexto de un fuerte consenso científico en cuanto a los efectos letales del tabaco”<sup>53</sup> como se desarrolló en las directrices y estudios de la Organización Mundial de la Salud relacionados con el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT)<sup>54</sup>. Para el tribunal, dicho peso probatorio en los estudios científicos hacía que las medidas adoptadas por el Estado fueran razonables en el contexto de las obligaciones del Estado en virtud del CMCT. De forma similar, en *Methanex Corporation v United States*<sup>55</sup>, el tribunal se basó en gran medida en estudios científicos y técnicos llevados a cabo por el estado de California sobre la “contaminación por MTBE generalizada y potencialmente grave de sus recursos hídricos” que llevó a la prohibición del uso de metanol en California<sup>56</sup>.

De forma análoga, el requisito de vinculación es el vínculo causal entre las medidas adoptadas y los objetivos admisibles que deben alcanzarse mediante esas medidas. La severidad del estándar de prueba requerido para determinar cada vinculación dependerá del lenguaje de la MNP. Por ejemplo, mientras que el TBI entre Marruecos y Nigeria requiere que la medida sea “apropiada” para lograr el objetivo permitido incluido en la MNP, el TBI entre Estados Unidos y Argentina requiere que la medida sea “necesaria” para lograr esos objetivos.<sup>57</sup>

La prueba de “necesidad” es la vinculación más estricta entre la medida reglamentaria y el objetivo perseguido.<sup>58</sup> Los casos de Argentina a principios de la década de 2000<sup>59</sup> han probado el rigor del estándar de “necesidad” para identificar el requisito de vinculación, y se concluyó que un tribunal debe considerar si una medida es apta y si hizo una “contribución

---

<sup>49</sup> William W. Burke-White y Andreas von Staden, p. 332.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid., p. 361.

<sup>52</sup> *Philip Morris v. Oriental Republic of Uruguay*, Caso CIADI núm. ARB/10/7 (2010)

<sup>53</sup> Ibid. párr. 418.

<sup>54</sup> Ibid. párr. 393.

<sup>55</sup> *Methanex Corporation v United States*, Laudo final sobre jurisdicción y méritos, (2005)

<sup>56</sup> *Methanex Corporation v United States*, párr. 20.

<sup>57</sup> Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Artículo XI, entró en vigencia en 1994. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download>.

<sup>58</sup> Prabhakar Ranjan y Pushkar Anand (2020), p. 235.

<sup>59</sup> UNCTAD Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement Navigator. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina>.

material o decisiva<sup>60</sup> para la consecución de un objetivo público, y si se hubieran podido establecer medidas alternativas y disponibles que no infringieran el AI. <sup>61</sup> En dichos casos, la prueba de necesidad también evaluaría la proporcionalidad de las medidas adoptadas y “la pertinencia de las hipotéticas medidas económicas que podrían haber logrado el mismo resultado que las adoptadas por Argentina, sin afectar los intereses de los inversionistas extranjeros”.<sup>62</sup>

Por lo tanto, para protegerse contra posibles reclamos en virtud de los AI, cualquier medida adoptada por los Estados en virtud de la exención propuesta de la OMC también debe indicar los estándares científicos y la evidencia desarrollada por la OMS para calificar a la COVID-19 como una amenaza para la salud pública y el efecto de la pandemia, para desencadenar las MNP. De manera similar, aunque la exención de los derechos de propiedad intelectual se basará en una decisión adoptada por la OMC para combatir la pandemia, será conveniente incluir un párrafo en el preámbulo que indique que otras medidas (por ejemplo, facilitar la concesión de licencias obligatorias en virtud de las flexibilidades actuales del acuerdo sobre los ADPIC) no son alternativas para lograr la “necesidad de acceso oportuno y sin obstáculos a productos médicos asequibles, incluidos kits de diagnóstico, vacunas, medicamentos, equipos de protección personal y ventiladores para lograr una respuesta rápida y eficaz a la pandemia de la COVID-19”<sup>63</sup>. La inclusión de dicho lenguaje podría proporcionar la base y la motivación que sustentan las medidas nacionales que implementan la exención de derechos de propiedad intelectual, lo que podría ser valioso en el caso de reclamaciones de ISDS.

## 6.1 Defensas conforme al derecho internacional consuetudinario: Política de doctrina de poder, necesidad y fuerza mayor

Según el derecho internacional consuetudinario, los Estados son responsables de las consecuencias de cualquier acción u omisión ilícita que constituya una violación de sus obligaciones internacionales<sup>64</sup>. No obstante, el derecho internacional consuetudinario también incluye circunstancias que excluyen la ilicitud de conductas que de otro modo entrarían en conflicto con sus obligaciones primarias en virtud del derecho internacional. Según la Comisión de Derecho Internacional, estas circunstancias “proporcionan una justificación o excusa para el incumplimiento mientras subsista la circunstancia en cuestión”<sup>65</sup>, pero no anula ni resuelve la obligación. El proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos<sup>66</sup> menciona seis circunstancias que llevaron a la exclusión de responsabilidad de los Estados: consentimiento (art. 20), legítima defensa (art. 21), contramedidas (art. 22), *fuerza mayor* (art. 23), peligro extremo (art. 24) y estado de necesidad (art. 25).

En el caso del sistema SDIE, las circunstancias más comunes planteadas como defensas se han referido al estado de necesidad y a la *fuerza mayor*. En el caso de las defensas bajo

---

<sup>60</sup> Continental Contingency, párr. 196.

<sup>61</sup> Ibid. párr. 198.

<sup>62</sup> Federico Lavopa, “Crisis, Emergency Measures and the Failure of the ISDS System: The Case of Argentina”, Informe sobre políticas de inversión de South Centre núm. 2, julio de 2015, p. 6.

<sup>63</sup> Comunicación de India y Sudáfrica, “EXENCIÓN de ciertas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC para la prevención, contención y tratamiento de la COVID-19”, Organización Mundial del Comercio, Consejo para los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Doc. IP/C/W/669 (2020).

<sup>64</sup> Consulte: Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos con comentarios*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, vol. II, segunda parte (2001), p. 71 en [Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios - 2001 \(un.org\)](#). Se accedió el 7 de junio de 2021.

<sup>65</sup> Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, artículo 25.

<sup>66</sup> Consulte: Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con comentarios, Comentario al Capítulo V, p. 71.

“estado de necesidad” estas circunstancias requerirían acreditar la existencia de una circunstancia excepcional que presenta un “conflicto irreconciliable entre un interés esencial por un lado y una obligación del Estado” por otro<sup>67</sup>. Como tal, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el “estado de necesidad” solo puede plantearse como defensa sobre una base excepcional y bajo “condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse de forma acumulativa”<sup>68</sup>, particularmente que un interés esencial del Estado se encuentra en **grave e inminente peligro** y que el acto impugnado es el **único medio** para salvaguardar dicho interés, que de otra manera **menoscabará gravemente** el interés esencial del Estado, y que el Estado **no ha contribuido a la aparición del estado de necesidad**<sup>69</sup>. En el caso del sistema SDIE, como se mencionó anteriormente, los tribunales han considerado que la prueba de “estado de necesidad” no requiere la extensión bajo el derecho consuetudinario, pero requerirá probar que la medida tiene como objetivo proteger un interés esencial del Estado (vínculo) y que dichas medidas deberían haber considerado objetivamente otras “alternativas razonables menos conflictivas o más acordes con las obligaciones legales internacionales”.<sup>70</sup> Las defensas basadas en el “estado de necesidad” conforme al sistema SDIE rara vez han tenido éxito, ya que los tribunales han sido muy restrictivos en su interpretación, en particular al exigir pruebas de que dichas medidas eran “las únicas medidas posibles” a ser adoptadas en las circunstancias del caso<sup>71</sup>.

La defensa conforme a *fuerza mayor* también es bastante limitada, ya que requiere que: (a) el acto en cuestión deba ser provocado por una fuerza irresistible o un evento imprevisto; (b) que esté fuera del control del Estado interesado; y (c) lo que hace que sea materialmente imposible dadas las circunstancias para cumplir con la obligación<sup>72</sup>. Según los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), la deferencia a la *fuerza mayor* también requerirá un grado de debida diligencia por parte del Estado, ya que el criterio de “fuerza irresistible” requerirá la existencia de “una restricción que el Estado no pudo evitar u oponerse por sus propios medios”.<sup>73</sup> Dado que el estándar de *fuerza mayor* implicará el incumplimiento de la obligación mientras exista la circunstancia, los tribunales han considerado que la defensa requerirá probar que la implementación de una determinada obligación es “absoluta o materialmente imposible”<sup>74</sup> por parte del Estado. Los tribunales han considerado que hacer que la ejecución sea más difícil, onerosa o imposible como resultado de una decisión unilateral de un Estado, no constituye un caso de *fuerza mayor*<sup>75</sup>.

Según la doctrina de los poderes policiales, los Estados tienen derecho a adoptar medidas lícitas que puedan “afectar considerablemente los intereses extranjeros sin que equivalgan a una expropiación”.<sup>76</sup> Aunque algunos tribunales de SDIE han considerado “una tendencia constante a favor de diferenciar el ejercicio de las competencias policiales de la expropiación

---

<sup>67</sup> Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con comentarios, Comentario al artículo 25, p. 80.

<sup>68</sup> Consulte: Proyecto GabCikovo-Nagymaros (Hungary v. Slovakia), Sentencia, Corte Internacional de Justicia, Informes 1997, párr. 51.

<sup>69</sup> Consulte: Proyecto GabCikovo-Nagymaros (Hungary v. Slovakia, párr. 50–51.

<sup>70</sup> Deutsche Telekom AG v India, Caso CPA núm. 2014-10, Laudo Provisional, 13 de diciembre de 2017 (en adelante ‘Deutsche Telekom’), párr. 239 citado por Prabhaskar Ranjan y Pushkar Anand (2020), p. 236.

<sup>71</sup> Federica Paddeu y Freya Jephcott, “COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part II”, EJIL:Talk!, 17 de marzo de 2020. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>.

<sup>72</sup> Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos con comentarios, p. 76 art. 23.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v. Republic of Burundi (Controversia relativa a la sociedad holding libia árabe-burundi), 96 I.L.R. 279 (1991), párr. 55.

<sup>76</sup> Prabhaskar Ranjan y Pushkar Anand, “Covid-19, India, and Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Will India Be Able to Defend Its Public Health Measures?” (2020) 28 *Asia Pacific Law Review* 225, p. 240. Disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10192557.2020.1812255>. Se accedió el 7 de julio de 2020.

indirecta<sup>77</sup> cuando dicho ejercicio se realiza de manera razonable y *bona fide*<sup>78</sup>, otros tribunales<sup>79</sup> han considerado que basarse en la doctrina de los poderes policiales es automáticamente inaplicable cuando se han incluido "excepciones específicas" en el Acuerdo<sup>80</sup>.

A los efectos de la exención de la OMC, los Estados deben considerar que las doctrinas de facultades políticas, de estado de necesidad y de *fuera de fuerza mayor* no son una garantía absoluta en materia de expropiación, ya que los tribunales también han aplicado la Doctrina de Efectos Únicos, por la cual los tribunales deben considerar únicamente los efectos de las medidas sobre la expropiación. la inversión (es decir, expropiación indirecta), más que el propósito previsto de las medidas del Estado<sup>81</sup>. No obstante, la inclusión de un lenguaje claro en la exención de la OMC, y sus vínculos con la evidencia científica de la OMS, podría permitir que los Estados identifiquen el vínculo razonable y la proporcionalidad de las medidas con su propósito previsto, limitando así la doctrina de efectos únicos<sup>82</sup>. Además, los Estados también podrían decidir hacer una declaración rechazando explícitamente esta doctrina, o excluyendo las medidas de salud del capítulo de expropiación, incluidos los DPI. Un ejemplo de este lenguaje se puede identificar en el Acuerdo entre Japón y la República de Colombia para la liberalización, promoción y protección de inversiones, que establece:

Art. 11.5. – Las disposiciones de este artículo no se aplican a la emisión de licencias obligatorias autorizadas en relación con los derechos de propiedad intelectual, ni a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida en que dicha emisión, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC.

Además, el Anexo III del Acuerdo Colombia-Japón excluye el posible uso de la Doctrina de Efectos Únicos al reconocer que el "hecho de que dicha medida o serie de dichas medidas tenga un efecto adverso sobre el valor económico de las inversiones, por sí solo, no establece que ha ocurrido una expropiación indirecta".<sup>83</sup>

---

<sup>77</sup> *Philip Morris v. Oriental Republic of Uruguay*, Laudo, párr. 295, en Prabhash Ranjan y Pushkar Anand, "Covid-19, India, and Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Will India Be Able to Defend Its Public Health Measures?" (2020).

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Caso CIADI núm. ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017.

<sup>80</sup> Dilini Pathirana y Mark McLaughlin, "Non-Precluded Measures Clauses: Regime, Trends, and Practice", en Julien Chaisse, Leïla Choukroune y Sufian Jusoh (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy* (Springer Singapur 2019). Disponible en [http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2\\_6-1](http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2_6-1). Se accedió el 8 de junio de 2021.

<sup>81</sup> Ben Mostafa, *The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law*, *Australian International Law Journal*, vol. 15 (2008), págs. 279–280.

<sup>82</sup> Satyajit Bose, "Police Powers as a Defence to COVID-19 Liability: Does it Protect Host States?" (2020). Disponible en <http://blogs2.law.columbia.edu/aria/police-powers-as-a-defence-to-covid-19-liability-does-it-protect-host-states/>. Se accedió el 24 de junio de 2020.

<sup>83</sup> Consulte: Acuerdo entre Japón y la República de Colombia para la liberalización, promoción y protección de inversiones, Anexo III, párr. 2 (a). Disponible en [http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/COL\\_JPN\\_AN3\\_e.pdf](http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/COL_JPN_AN3_e.pdf).

## **7 UNA MORATORIA SOBRE LAS RECLAMACIONES DEL ISDS RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

Las organizaciones de la sociedad civil (OSC) y expertos han realizado distintos llamamientos a una moratoria del sistema SDIE<sup>84</sup>. Estos llamamientos han considerado establecer una moratoria completa o suspensión temporal de los reclamos del sistema SDIE relacionados con la pandemia de la COVID-19 y solicitaron a los Estados que aclaren las defensas del derecho internacional durante estos tiempos extraordinarios.

Estos llamamientos se hicieron eco durante la decimotercera sesión extraordinaria de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno sobre el Tratado de Libre Comercio Continental Africano (AfCFTA), cuando la Unión Africana aprobó la “Declaración sobre el riesgo de arbitraje de diferencias entre inversores y Estados (SDIE) con respecto a las medidas relacionadas con la pandemia de la COVID-19”, invitando a sus “Estados miembros a explorar todas las posibilidades para mitigar los riesgos del SDIE, incluida una suspensión temporal mutua de las disposiciones del ISDS en los tratados de inversión en relación con las medidas gubernamentales contra la pandemia de la COVID-19”.<sup>85</sup>

La posibilidad de establecer una suspensión bilateral o multilateral del sistema SDIE tiene precedentes. Nueva Zelanda ha firmado acuerdos en forma de cartas adjuntas con cinco países para excluir el ISDS obligatorio, entre ellos en virtud del Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (TPP). Los términos de las cartas complementarias varían, ya que algunas excluyen por completo el uso del sistema SDIE entre Nueva Zelanda y otros países, mientras que otras cartas complementarias permiten que el arbitraje proceda solo si el gobierno pertinente está de acuerdo<sup>86</sup>. Estas “cartas complementarias” tienen el mismo estatus a nivel de tratado que el Acuerdo. Estados Unidos y Canadá también acordaron excluir el ISDS de forma bilateral conforme al T-MEC<sup>87</sup>.

La adopción de una exención de la OMC sobre los DPI relacionados con la lucha contra la pandemia de la COVID-19 podría generar un impulso para explorar la posibilidad de establecer una suspensión del ISDS relacionada con los DPI y vinculada a la naturaleza temporal de la exención de la OMC<sup>88</sup>. Siguiendo el ejemplo de las experiencias de Nueva Zelanda, dicha suspensión podría lograrse mediante el intercambio de cartas complementarias entre los Jefes de Estado, lo que podría tener el mismo efecto que un acuerdo posterior en virtud del artículo 31 (3) (a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados<sup>89</sup>. Un acuerdo de exención de derechos de propiedad intelectual específico de

---

<sup>84</sup> IISD, Protecting Against Investor–State Claims Amidst COVID-19: Un llamamiento a que los gobiernos actúen, 14 de abril de 2020. <https://www.iisd.org/library/investor-state-claims-amidst-covid-19> y Centro de Columbia para la Inversión Sostenible, convocatoria de una moratoria del ISDS durante la crisis y respuesta de la COVID-19, 6 de mayo de 2020. <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>.

<sup>85</sup> Consulte: Decimotercera sesión extraordinaria sobre el AfCFTA: La Asamblea de la Unión adopta una decisión sobre el inicio del comercio, Unión Africana, 5 de diciembre de 2020. Disponible en <https://au.int/en/pressreleases/20201205/thirteenth-extraordinary-session-afcfta-assembly-union-adopts-decision-start> citado por Daniel Uribe y Danish, “Investment Policy options for facing COVID-19 related ISDS Claims”, próximamente.

<sup>86</sup> *New Zealand signs side letters curbing investor-state dispute settlement*, 9 de marzo de 2018. <https://www.beehive.govt.nz/release/new-zealand-signs-side-letters-curbing-investor-state-dispute-settlement>.

<sup>87</sup> Consulte: Acuerdo entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá, Anexo 14-C y Anexo 14-D disponible en <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>. Se accedió el 7 de julio de 2021.

<sup>88</sup> Prabhash Ranjan, 2021.

<sup>89</sup> Consulte: Prabhash Ranjan (2021) y Daniel Uribe y Danish, “Investment Policy options for facing COVID-19 related ISDS Claims”, próximamente.

un TBI podría tomar la forma de un tratado multilateral o bilateral separado que establezca que anularía todos los TBI existentes con respecto a los productos de la COVID-19 durante el tiempo que dure la pandemia. En el primer caso, varios líderes mundiales han considerado la necesidad de trabajar hacia un "nuevo tratado internacional para la preparación y respuesta ante una pandemia"<sup>90</sup>, incluido el compromiso de garantizar "el acceso universal y equitativo a vacunas, medicamentos y diagnósticos seguros, eficaces y asequibles para esta pandemia y las futuras"<sup>91</sup>. Por lo tanto, la Organización Mundial de la Salud podría tener la oportunidad de incluir dicha exención como respuesta para futuras pandemias. En el segundo caso, los socios del tratado podrán firmar de forma bilateral una exención de derechos de propiedad intelectual específica del TBI como un acuerdo posterior en virtud del artículo 31 (3) (a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

---

<sup>90</sup> Organización Mundial de la Salud, "La COVID-19 muestra por qué se necesita una acción unida para lograr una arquitectura de salud internacional más sólida". Disponible en <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/op-ed---covid-19-shows-why-united-action-is-needed-for-more-robust-international-health-architecture>. Se accedió el 7 de julio de 2021.

<sup>91</sup> Ibid.

## **8 CONCLUSIONES**

La exención de los ADPIC en sí misma no suspenderá ni eliminará la aplicación de las disposiciones de la legislación nacional sobre propiedad intelectual a las tecnologías sanitarias para responder a la COVID-19. Los miembros de la OMC tendrán que hacer efectiva la exención mediante la adopción de leyes, reglamentos o medidas administrativas de implementación, según corresponda. Al adoptar dichas medidas, el alcance de la exención, así como las obligaciones que pueden ser aplicables a un país en virtud de un TLC o un AII, también serán de importancia crítica. Por lo tanto, será importante que los países en vías de desarrollo se aseguren de que la exención tenga un alcance suficientemente amplio y no se limite, por ejemplo, a las patentes de vacunas.

Para garantizar que las disposiciones de los TLC no impidan la implementación de la exención, el texto de la decisión de exención podría incluir una disposición que impida a los miembros de la OMC invocar cualquier disposición del TLC que pueda frustrar la utilización de la exención. Las partes de los TLC también podrían negociar exenciones complementarias de las disposiciones del TLC cuando pueda haber conflicto con la implementación de la exención. Como se describe en este documento, algunos TLC como TPP y T-MEC contienen disposiciones específicas que requieren que las partes realicen consultas para adaptar las disposiciones de esos acuerdos a la luz de una exención de los ADPIC. Además, si un Estado acepta una exención en relación con la protección y observancia de la propiedad intelectual en la OMC, según la doctrina general de los actos propios del derecho internacional, se puede argumentar que será legítimo que otros Estados esperen una actitud similar en relación con las cuestiones de propiedad intelectual en otros acuerdos aplicables entre ellos. Por lo tanto, será legítimo y razonable esperar que un país que esté de acuerdo con la exención en la OMC en virtud de los ADPIC haya renunciado implícitamente a las obligaciones correspondientes relacionadas con tecnologías y productos sanitarios para la COVID-19 en virtud de los TLC.

De manera similar, las medidas de conformidad con la implementación de la exención de los ADPIC pueden hipotéticamente ser impugnadas en virtud de tratados bilaterales de inversión (TBI) y otros acuerdos de inversión (AII). Una primera defensa en dichas situaciones podría basarse en los requisitos necesarios para caracterizar los DPI como inversiones protegidas. Los Estados también podrían utilizar disposiciones sobre excepciones en los AII como medio principal de defensa contra dichos reclamos, pero el lenguaje ambiguo en los AII tradicionales, así como en la práctica de los tribunales de arbitraje de ISDS, podría conllevar el riesgo de hacer que estas excepciones no sean efectivas. No obstante, el derecho internacional consuetudinario también incluye circunstancias que excluyen la ilicitud de conductas que, de otro modo, entrarían en conflicto con las obligaciones primarias de los Estados en virtud del derecho internacional, proporcionando una justificación y defensas para el incumplimiento de las obligaciones conforme a los AII.

Si bien prácticamente todos los Estados podrían hacer uso de estas defensas frente a posibles reclamaciones del ISDS, sería necesario que los Estados diseñen cuidadosamente las medidas destinadas a la implementación de la exención de los ADPIC con miras a prevenir estas reclamaciones. Esto requerirá considerar todas las condiciones necesarias para que estas defensas sean efectivas, incluso justificando dichas medidas (basadas en evidencia científica de la OMS), y las decisiones tomadas por otras organizaciones internacionales. Los Estados podrían entonces identificar la vinculación razonable y la proporcionalidad de las medidas con el propósito previsto de combatir la emergencia de la COVID-19. Además, la adopción de una exención de la OMC podría impulsar una moratoria del ISDS relacionada

con los derechos de propiedad intelectual y vinculada a la naturaleza temporal de la exención de la OMC.



## REFERENCIAS

African Union (2020). Thirteenth extraordinary session on the AfCFTA: The Assembly of the Union adopts decision on the start of trading. African Union, 5 de diciembre de 2020. Disponible en <https://au.int/en/pressreleases/20201205/thirteenth-extraordinary-session-afcfta-assembly-union-adopts-decision-start>.

Bridgestone Licensing Services, Inc. And Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/16/34, 13 de diciembre de 2017).

Burke-White, William W. and Andreas von Staden (2007). Investment protection in extraordinary times: The interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties, pp. 321–322.

Columbia Centre for Sustainable Investment (2020). Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response, 6 de mayo de 2020. <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>.

Correa, Carlos M. (2004). Bilateral Investment Agreements: Agents of New Global Standards for the Protection of Intellectual Property Rights? GRAIN, 2004. Disponible en <https://grain.org/article/entries/125-bilateral-investment-agreements-agents-of-new-global-standards-for-the-protection-of-intellectual-property-rights>.

Correa, Carlos M. (2015). Modelling patent law through investment agreements. In Investment Treaties: Views and Experiences from Developing Countries. Ginebra: South Centre. Disponible en [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/05/Bk\\_2015\\_Investment-Treaties\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/05/Bk_2015_Investment-Treaties_EN.pdf).

Correa, Carlos M. (2020). Intellectual property as protected investment: Redefining the reach of investors' rights. In Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, Geiger C. ed. Edward Elgar 2020, 120–136.

Correa, Carlos M. (2021). Expanding the production of COVID-19 vaccines to reach developing countries: Lift the barriers to fight the pandemic in the Global South. Policy Brief No. 92, South Centre, abril 2021, p. 2. Disponible en <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/04/PB-92.pdf>.

Correa, Carlos M. (2021). Will the amendment to the TRIPS Agreement enhance access to medicines?", Policy Brief No. 57, South Centre, Enero 2019. Disponible en [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/01/PB57\\_Will-the-Amendment-to-the-TRIPS-Agreement-Enhance-Access-to-Medicines\\_EN-1.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/01/PB57_Will-the-Amendment-to-the-TRIPS-Agreement-Enhance-Access-to-Medicines_EN-1.pdf).

Cullinan, Kerry (2021). G20 Leaders Promise to Share More Vaccines While EU Digs In Against TRIPS Waiver. Health Policy Watch, 21 de mayo de 2021. Disponible en <https://healthpolicy-watch.news/g20-leaders-promise-to-share-more-vaccines-while-eu-digs-in-against-trips-waiver/>.

Deutsche Telekom AG v India (PCA Case No. 2014–10, 13 de diciembre de 2017).

Eberhardt, Pia (2020). Cashing in on the pandemic: how lawyers are preparing to sue states over COVID-19 response measures. Corporate Europe Observatory, 18 de mayo de 2020. Disponible en <https://corporateeurope.org/en/2020/05/cashing-pandemic-how-lawyers-are-preparing-sue-states-over-covid-19-response-measures>.

Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, UNCITRAL (ICSID Case No. UNCT/14/2, 16 de marzo de 2017).

European Union (2019). The Court of Justice, Opinion 1/17 (ECLI:EU:C:2019:341), 30 de abril de 2019, para. 150.

G20 (2021). The Rome Declaration, Global Health Summit, 21 de mayo de 2021. Disponible en [https://www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Approfondimenti/GlobalHealthSummit/GlobalHealthSummit\\_RomeDeclaration.pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Approfondimenti/GlobalHealthSummit/GlobalHealthSummit_RomeDeclaration.pdf).

Grabowski, Alex (2014). The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini. *Chicago Journal of International Law*, 15(1). Disponible en <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=cjil>.

IISD (2020). Protecting Against Investor–State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments, 14 de abril de 2020. <https://www.iisd.org/library/investor-state-claims-amidst-covid-19>.

International Law Commission (2001). Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two (2001), p. 71. [Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries - 2001 \(un.org\)](https://www.un.org/ruia/draft-articles-on-responsibility-of-states-for-internationally-wrongful-acts-with-commentaries-2001). Se accedió el 7 de junio de 2021.

Klopschinski, Simon, Christopher Gibson, and Henning Grosse Ruse-Khan (2021). *The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 137.

Kurtz, Jurgen (2009). The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontents. *European Journal of International Law*, vol. 20, No. 3, p. 763.

Lavery, Rachel A. (2009). Coverage of intellectual property rights in international investment agreements: An empirical analysis of definitions in a sample of bilateral investment treaties and free trade agreements. *Transnational Dispute Management* 2, 6(2).

Lavopa, Federico (2015). Crisis, emergency measures and the failure of the ISDS system: The case of Argentina. *Investment Policy Brief No. 2*, South Centre (Julio 2015). Disponible en [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB2\\_Crisis-Emergency-Measures-and-the-Failure-of-the-ISDS-System-The-Case-of-Argentina.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB2_Crisis-Emergency-Measures-and-the-Failure-of-the-ISDS-System-The-Case-of-Argentina.pdf).

LESI SpA et Astaldi SpA v Algeria (ICSID Case No. ARB/05/3, 12 de julio de 2006). Disponible en [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0456\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0456_0.pdf), párrafo 72(iv).

Lindroos, Anja and Michael Mehling (2006). Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes' *International Law and the WTO*. *European Journal of International Law*, vol. 16, No.5, pp. 861–866.

MacGibbon, I.C.(1958). Estoppel in International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, No. 3, p. 468.

Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. the Government of Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10, 17 de mayo de 2007) Disponible en

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf>, para 106(e).

Mercurio, Bryan (2006). TRIPS-Plus Provisions in FTAs: Recent Trends. In Regional-Trade Agreements and the WTO Legal System, Lorand Bartels and Federico Ortino eds. Oxford: Oxford University Press, p. 234. Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=947767](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947767).

Mesquita, Alebe Linhares and Vivian Daniele Rocha Gabriel (2021). Countries' policy space to implement tobacco packaging measures in the light of their international investment obligations: Revisiting the Philip Morris v. Uruguay Case. (January 2021) South Centre Investment Policy Brief No. 20 (January). Disponible en <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/01/Investment-PB-20.pdf>.

Methanex Corporation v United States, Final Award on Jurisdiction and Merits, (2005)

Mohamadieh, Kinda and Daniel Uribe (2016). Approaches to International Investment Protection: Divergent Approaches Between the TPPA and Developing Countries' Model Investment Treaties. Research Paper No. 68 (June 2016). Ginebra: South Centre. [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/06/RP68\\_Approaches-to-International-Investment-Protection\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/06/RP68_Approaches-to-International-Investment-Protection_EN.pdf) (Accessed 31.05.2021)

Mola, Lorenza (2016). International Investment Arbitration and Serious Economic Crises: Lessons Learned in the Argentinean Crisis of 2000–2001. In International Investment Law in Latin America. Leiden, The Netherlands: Brill, Nijhoff. Doi: [https://doi.org/10.1163/9789004311473\\_014](https://doi.org/10.1163/9789004311473_014).

Mostafa, Ben (2008). The sole effects doctrine, police powers and indirect expropriation under international law. Australian International Law Journal, vol. 15, pp. 279–280.

MSF (2021). MSF applauds US' leadership on waiving IP for COVID-19 vaccines, 5 May 2021. Disponible en <https://msfaccess.org/msf-applauds-us-leadership-waiving-ip-covid-19-vaccines>.

Ngobeni, L. (2020). Do the SALINI Criteria apply to the Definition of an Investment provided in Annex 1 of the 2006 and 2016 SADC Protocol on Finance and Investment? An Assessment. 23 PER / PELJ. Disponible en [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1727-37812020000100025](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-37812020000100025).

OECD (2020). Health System Response Tracker. <https://www.oecd.org/health/COVID19-OECD-Health-System-Response-Tracker.xlsx>.

Paddeu, Federica and Freya Jephcott (2020). COVID-19 and defences in the law of state responsibility: Part II, EJIL:Talk!. 17 March 2020. Disponible en <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>.

Pathirana, D. and McLaughlin M. (2019). Non-precluded measures clauses: Regime, trends, and practice. In Handbook of International Investment Law and Policy, Julien Chaisse, Leïla Choukroune and Sufian Jusoh eds. Singapore: Springer. Disponible en [http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2\\_6-1](http://link.springer.com/10.1007/978-981-13-5744-2_6-1). Se accedió el 8 de junio de 2021.

Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A and Abal Hermanos S.A v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No: ARB/10/7, 8 de julio de 2016).

Ranjan, Prabhash (2021). TRIPS Waiver: A BIT of a Challenge for India. The Wire (May 2021). <https://thewire.in/trade/trips-waiver-a-bit-of-a-challenge-for-india>. Se accedió el 4 de junio de 2021.

Ranjan, Prabhash and Pushkar Anand (2020). Covid-19, India, and Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Will India be able to defend its public health measures? Asia Pacific Law Review, vol. 28, No. 1, p. 229.

Reinisch, August (2008). The proliferation of international dispute settlement mechanisms: the threat of fragmentation vs. the promise of a more effective system? Some reflections from the perspective of investment arbitration. In International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet and S. Wittich eds. BRILL 2008, 107–126

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4, 31 de julio de 2001) Disponible en <https://www.italaw.com/cases/958>.

Satyajit Bose (2020). Police powers as a defence to COVID-19 liability: Does it protect host States? <http://blogs2.law.columbia.edu/aria/police-powers-as-a-defence-to-covid-19-liability-does-it-protect-host-states/>. Se accedió el 24 de junio de 2020.

Sauvant, Karl (2019). Promoting sustainable FDI through international investment agreements. Columbia FDI Perspectives, Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues No. 251. Disponible en <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-zqc5-x057>.

Tai, Katherine (2021). Statement from Ambassador Katherine Tai on the Covid-19 TRIPS Waiver, 5 May 2021. Disponible en <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/statement-ambassador-katherine-tai-covid-19-trips-waiver>.

UNCTAD Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. Se accedió el 31 de mayo de 2021.

UNCTAD. Mapping of IIA Content, Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>. Se accedió el 31 de mayo de 2021.

Upreti, Pratyush Nath (2018). IP Licence, Trademarks and ISDS: Bridgestone v. Panama. South Centre Investment Policy Brief No. 13 (Diciembre 2018). Disponible en [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2018/12/IPB13\\_IP-Licence-Trademarks-and-ISDS-Bridgestone-v.-Panama\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2018/12/IPB13_IP-Licence-Trademarks-and-ISDS-Bridgestone-v.-Panama_EN.pdf).

Upreti, Pratyush Nath (2021). The role of national and international intellectual property law and policy in reconceptualising the definition of investment. 52 IIC 103–136. Disponible en <https://doi.org/10.1007/s40319-020-01009-7>.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016).

Uribe, Daniel and Danish. Investment Policy options for facing COVID-19 related ISDS Claims” forthcoming.

van der Merwe, Ben (2021). Opinion: A TRIPS waiver won't stop pharma lawsuits. Investment Monitor (junio 2021). <https://investmentmonitor.ai/business-activities/covid-19/trips-waiver-pharma-lawsuits-covid> (se accedió el 2 de junio de 2021)

WHO (2021). COVID-19 shows why united action is needed for more robust international health architecture, 30 March 2021. Disponible en <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/op-ed---covid-19-shows-why-united-action-is-needed-for-more-robust-international-health-architecture>. Se accedió el 7 de julio de 2021.

WTO (2003). Document WT/L/540 and Corr.1, 30 August 2003, paragraph 6. Disponible en [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/implem\\_para6\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm).

WTO (2008). Appellate Body, EC-Bananas III, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 de noviembre de 2008, para. 398. Disponible en <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/27ABRWUSA.pdf&Open=True>.

WTO (2020). Article IX.3 (a), WTO Agreement.

WTO (2020). Article IX.3 (b), WTO Agreement. Disponible en [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/ai17\\_e/wto\\_agree\\_art9\\_jur.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/wto_agree_art9_jur.pdf).

WTO (2020). Communication from India and South Africa, “WAIVER from Certain Provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19”. World Trade Organization, Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Doc. IP/C/W/669, 2 October 2020.

WTO (2020). Document IP/C/W/669, 2 de octubre de 2020. Disponible en <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf&Open=True>.

WTO (2020). Document IP/C/W/669/Rev.1. Disponible en <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669R1.pdf&Open=True>.

WTO (2021). Document WT/GC/M/188, pp. 97–110. Disponible en <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/GC/M188.pdf&Open=True>.

Zarra, Giovanni (2018). The Issue of incoherence in investment arbitration: Is there need for a systemic reform. Chinese Journal of International Law, vol. 17, Issue 1 (March), pp. 137–185. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmy005>.



## DOCUMENTOS DE INVESTIGACIÓN DEL SOUTH CENTRE

No.	Data	Título	Autores
1	Noviembre 2005	Overview of the Sanitary and Phytosanitary Measures in QUAD Countries on Tropical Fruits and Vegetables Imported from Developing Countries	Ellen Pay
2	Noviembre 2005	Remunerating Commodity Producers in Developing Countries: Regulating Concentration in Commodity Markets	Samuel G. Asfaha
3	Noviembre 2005	Supply-Side Measures for Raising Low Farm-gate Prices of Tropical Beverage Commodities	Peter Robbins
4	Noviembre 2005	The Potential Impacts of Nano-Scale Technologies on Commodity Markets: The Implications for Commodity Dependent Developing Countries	ETC Group
5	Marzo 2006	Rethinking Policy Options for Export Earnings	Jayant Parimal
6	Abril 2006	Considering Gender and the WTO Services Negotiations	Meg Jones
7	Julio 2006	Reinventing UNCTAD	Boutros Boutros-Ghali
8	Agosto 2006	IP Rights Under Investment Agreements: The TRIPS-plus Implications for Enforcement and Protection of Public Interest	Ermias Tekeste Biadgleng
9	Enero 2007	A Development Analysis of the Proposed WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting and Cablecasting Organizations	Viviana Munoz Tellez and Andrew Chege Waitara
10	Noviembre 2006	Market Power, Price Formation and Primary Commodities	Thomas Lines
11	Marzo 2007	Development at Crossroads: The Economic Partnership Agreement Negotiations with Eastern and Southern African Countries on Trade in Services	Clare Akamanzi
12	Junio 2007	Changes in the Governance of Global Value Chains of Fresh Fruits and Vegetables: Opportunities and Challenges for Producers in Sub-Saharan Africa	Temu A.E and N.W Marwa
13	Agosto 2007	Towards a Digital Agenda for Developing Countries	Dalindyebo Shabalala
14	Diciembre 2007	Analysis of the Role of South-South Cooperation to Promote Governance on	Ermias Tekeste Biadgleng

		Intellectual Property Rights and Development	
15	Enero 2008	The Changing Structure and Governance of Intellectual Property Enforcement	Ermias Tekeste Biadgleng and Viviana Munoz Tellez
16	Enero 2008	Liberalization of Trade in Health Services: Balancing Mode 4 Interests with Obligations to Provide Universal Access to Basic Services	Joy Kategekwa
17	Julio 2008	Unity in Diversity: Governance Adaptation in Multilateral Trade Institutions Through South-South Coalition-Building	Vicente Paolo B. Yu III
18	Diciembre 2008	Patent Counts as Indicators of the Geography of Innovation Activities: Problems and Perspectives	Xuan Li
19	Diciembre 2008	WCO SECURE: Lessons Learnt from the Abortion of the TRIPS-plus-plus IP Enforcement Initiative	Xuan Li
20	Mayo 2009	Industrialisation and Industrial Policy in Africa: Is it a Policy Priority?	Darlan F. Marti and Ivan Ssenkubuge
21	Junio 2009	IPR Misuse: The Core Issue in Standards and Patents	Xuan Li and Baisheng An
22	Julio 2009	Policy Space for Domestic Public Interest Measures Under TRIPS	Henning Grosse Ruse – Khan
23	Junio 2009	Developing Biotechnology Innovations Through Traditional Knowledge	Sufian Jusoh
24	Mayo 2009	Policy Response to the Global Financial Crisis: Key Issues for Developing Countries	Yılmaz Akyüz
25	Octubre 2009	The Gap Between Commitments and Implementation: Assessing the Compliance by Annex I Parties with their Commitments Under the UNFCCC and its Kyoto Protocol	Vicente Paolo Yu III
26	Abril 2010	Global Economic Prospects: The Recession May Be Over but Where Next?	Yılmaz Akyüz
27	Abril 2010	Export Dependence and Sustainability of Growth in China and the East Asian Production Network	Yılmaz Akyüz
28	Mayo 2010	The Impact of the Global Economic Crisis on Industrial Development of Least Developed Countries	Report Prepared by the South Centre
29	Mayo 2010	The Climate and Trade Relation: Some Issues	Martin Khor
30	Mayo 2010	Analysis of the Doha Negotiations and the Functioning of the World Trade Organization	Martin Khor



31	Julio 2010	Legal Analysis of Services and Investment in the CARIFORUM-EC EPA: Lessons for Other Developing Countries	Jane Kelsey
32	Noviembre 2010	Why the IMF and the International Monetary System Need More than Cosmetic Reform	Yılmaz Akyüz
33	Noviembre 2010	The Equitable Sharing of Atmospheric and Development Space: Some Critical Aspects	Martin Khor
34	Noviembre 2010	Addressing Climate Change through Sustainable Development and the Promotion of Human Rights	Margreet Wewerinke and Vicente Paolo Yu III
35	Enero 2011	The Right to Health and Medicines: The Case of Recent Negotiations on the Global Strategy on Public Health, Innovation and Intellectual Property	Germán Velásquez
36	Marzo 2011	The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: Analysis and Implementation Options for Developing Countries	Gurdial Singh Nijar
37	Marzo 2011	Capital Flows to Developing Countries in a Historical Perspective: Will the Current Boom End with a Bust?	Yılmaz Akyüz
38	Mayo 2011	The MDGs Beyond 2015	Deepak Nayyar
39	Mayo 2011	Operationalizing the UNFCCC Finance Mechanism	Matthew Stilwell
40	Julio 2011	Risks and Uses of the Green Economy Concept in the Context of Sustainable Development, Poverty and Equity	Martin Khor
41	Septiembre 2011	Pharmaceutical Innovation, Incremental Patenting and Compulsory Licensing	Carlos M. Correa
42	Diciembre 2011	Rethinking Global Health: A Binding Convention for R&D for Pharmaceutical Products	Germán Velásquez and Xavier Seuba
43	Marzo 2012	Mechanisms for International Cooperation in Research and Development: Lessons for the Context of Climate Change	Carlos M. Correa
44	Marzo 2012	The Staggering Rise of the South?	Yılmaz Akyüz
45	Abril 2012	Climate Change, Technology and Intellectual Property Rights: Context and Recent Negotiations	Martin Khor
46	Julio 2012	Asian Initiatives at Monetary and Financial Integration: A Critical Review	Mah-Hui (Michael) Lim and Joseph Anthony Y. Lim
47	Mayo 2013	Access to Medicines and Intellectual Property: The Contribution of the World Health Organization	Germán Velásquez

48	Junio 2013	Waving or Drowning: Developing Countries After the Financial Crisis	Yılmaz Akyüz
49	Enero 2014	Public-Private Partnerships in Global Health: Putting Business Before Health?	Germán Velásquez
50	Febrero 2014	Crisis Mismanagement in the United States and Europe: Impact on Developing Countries and Longer-term Consequences	Yılmaz Akyüz
51	Julio 2014	Obstacles to Development in the Global Economic System	Manuel F. Montes
52	Agosto 2014	Tackling the Proliferation of Patents: How to Avoid Undue Limitations to Competition and the Public Domain	Carlos M. Correa
53	Septiembre 2014	Regional Pooled Procurement of Medicines in the East African Community	Nirmalya Syam
54	Septiembre 2014	Innovative Financing Mechanisms: Potential Sources of Financing the WHO Tobacco Convention	Deborah Ko Sy, Nirmalya Syam and Germán Velásquez
55	Octubre 2014	Patent Protection for Plants: Legal Options for Developing Countries	Carlos M. Correa
56	Noviembre 2014	The African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) Protocol on Patents: Implications for Access to Medicines	Sangeeta Shashikant
57	Noviembre 2014	Globalization, Export-Led Growth and Inequality: The East Asian Story	Mah-Hui Lim
58	Noviembre 2014	Patent Examination and Legal Fictions: How Rights Are Created on Feet of Clay	Carlos M. Correa
59	Diciembre 2014	Transition Period for TRIPS Implementation for LDCs: Implications for Local Production of Medicines in the East African Community	Nirmalya Syam
60	Enero 2015	Internationalization of Finance and Changing Vulnerabilities in Emerging and Developing Economies	Yılmaz Akyüz
61	Marzo 2015	Guidelines on Patentability and Access to Medicines	Germán Velásquez
62	Septiembre 2015	Intellectual Property in the Trans-Pacific Partnership: Increasing the Barriers for the Access to Affordable Medicines	Carlos M. Correa
63	Octubre 2015	Foreign Direct Investment, Investment Agreements and Economic Development: Myths and Realities	Yılmaz Akyüz
64	Febrero 2016	Implementing Pro-Competitive Criteria for the Examination of Pharmaceutical Patents	Carlos M. Correa

65	Febrero 2016	The Rise of Investor-State Dispute Settlement in the Extractive Sectors: Challenges and Considerations for African Countries	Kinda Mohamadiéh and Daniel Uribe
66	Marzo 2016	The Bolar Exception: Legislative Models and Drafting Options	Carlos M. Correa
67	Junio 2016	Innovation and Global Intellectual Property Regulatory Regimes: The Tension between Protection and Access in Africa	Nirmalya Syam and Viviana Muñoz Tellez
68	Junio 2016	Approaches to International Investment Protection: Divergent Approaches between the TPPA and Developing Countries' Model Investment Treaties	Kinda Mohamadiéh and Daniel Uribe
69	Julio 2016	Intellectual Property and Access to Science	Carlos M. Correa
70	Agosto 2016	Innovation and the Global Expansion of Intellectual Property Rights: Unfulfilled Promises	Carlos M. Correa
71	Octubre 2016	Recovering Sovereignty Over Natural Resources: The Cases of Bolivia and Ecuador	Humberto Campodonico
72	Noviembre 2016	Is the Right to Use Trademarks Mandated by the TRIPS Agreement?	Carlos M. Correa
73	Febrero 2017	Inequality, Financialization and Stagnation	Yılmaz Akyüz
74	Febrero 2017	Mitigating the Regulatory Constraints Imposed by Intellectual Property Rules under Free Trade Agreements	Carlos M. Correa
75	Marzo 2017	Implementing Farmers' Rights Relating to Seeds	Carlos M. Correa
76	Mayo 2017	The Financial Crisis and the Global South: Impact and Prospects	Yılmaz Akyüz
77	Mayo 2017	Access to Hepatitis C Treatment: A Global Problem	Germán Velásquez
78	Julio 2017	Intellectual Property, Public Health and Access to Medicines in International Organizations	Germán Velásquez
79	Septiembre 2017	Access to and Benefit-Sharing of Marine Genetic Resources beyond National Jurisdiction: Developing a New Legally Binding Instrument	Carlos M. Correa
80	Octubre 2017	The Commodity-Finance Nexus: Twin Boom and Double Whammy	Yılmaz Akyüz
81	Noviembre 2017	Promoting Sustainable Development by Addressing the Impacts of Climate	Martin Khor, Manuel F. Montes, Mariama

		Change Response Measures on Developing Countries	Williams, and Vicente Paolo B. Yu III
82	Noviembre 2017	The International Debate on Generic Medicines of Biological Origin	Germán Velásquez
83	Noviembre 2017	China's Debt Problem and Rising Systemic Risks: Impact of the global financial crisis and structural problems	Yuefen LI
84	Febrero 2018	Playing with Financial Fire: A South Perspective on the International Financial System	Andrew Cornford
85	Mayo deo 2018	Acceso a medicamentos: experiencias con licencias obligatorias y uso gubernamental- el caso de la Hepatitis C	Carlos M. Correa y Germán Velásquez
86	Septiembre 2018	US' Section 301 Actions : Why They are Illegitimate and Misguided	Aileen Kwa and Peter Lunenborg
87	Noviembre 2018	Stemming 'Commercial' Illicit Financial Flows & Developing Country Innovations in the Global Tax Reform Agenda	Manuel F. Montes, Daniel Uribe and Danish
88	Noviembre 2018	Assessment of South-South Cooperation and the Global Narrative on the Eve of BAPA+40	Yuefen LI
89	Noviembre 2018	History and Politics of Climate Change Adaptation at the United Nations Framework Convention on Climate Change	Harjeet Singh and Indrajit Bose
90	Diciembre 2018	Compulsory Licensing Jurisprudence in South Africa: Do We Have Our Priorities Right?	Yousuf A Vawda
91	Febrero 2019	Key Issues for BAPA+40: South-South Cooperation and the BAPA+40 Subthemes	Vicente Paolo B. Yu III
92	Marzo 2019	Notification and Transparency Issues in the WTO and the US' November 2018 Communication	Aileen Kwa and Peter Lunenborg
93	Marzo 2019	Regulating the Digital Economy: Dilemmas, Trade Offs and Potential Options	Padmashree Gehl Sampath
94	Abril 2019	Tax Haven Listing in Multiple Hues: Blind, Winking or Conniving?	Jahanzeb Akhtar and Verónica Grondona
95	Julio 2019	Mainstreaming or Dilution? Intellectual Property and Development in WIPO	Nirmalya Syam
96	Agosto 2019	Antivirales de acción directa para la Hepatitis C: evolución de los criterios de patentabilidad y su impacto en la salud pública en Colombia	Francisco A. Rossi B. y Claudia M. Vargas P.

97	Agosto 2019	Intellectual Property under the Scrutiny of Investor-State Tribunals Legitimacy and New Challenges	Clara Ducimetière
98	Septiembre 2019	Developing Country Coalitions in Multilateral Negotiations: Addressing Key Issues and Priorities of the Global South Agenda	Adriano José Timossi
99	Septiembre 2019	Ensuring an Operational Equity-based Global Stocktake under the Paris Agreement	Hesham AL-ZAHRANI, CHAI Qimin, FU Sha, Yaw OSAFO, Adriano SANTHIAGO DE OLIVEIRA, Anushree TRIPATHI, Harald WINKLER, Vicente Paolo YU III
100	Diciembre 2019	Medicines and Intellectual Property: 10 Years of the WHO Global Strategy	Germán Velásquez
101	Diciembre 2019	Second Medical Use Patents – Legal Treatment and Public Health Issues	Clara Ducimetière
102	Febrero 2020	The Fourth Industrial Revolution in the Developing Nations: Challenges and Road Map	Sohail Asghar, Gulmina Rextina, Tanveer Ahmed & Manzoor Illahi Tamimy (COMSATS)
103	Febrero 2020	Eighteen Years After Doha: An Analysis of the Use of Public Health TRIPS Flexibilities in Africa	Yousuf A Vawda & Bonginkosi Shozi
104	Marzo 2020	Antimicrobial Resistance: Examining the Environment as Part of the One Health Approach	Mirza Alas
105	Marzo 2020	Intersección entre competencia y patentes: hacia un ejercicio pro-competitivo de los derechos de patente en el sector farmacéutico	María Juliana Rodríguez Gómez
106	Marzo 2020	The Comprehensive and Progressive Agreement for the Trans-Pacific Partnership: Data Exclusivity and Access to Biologics	Zelege Temesgen Boru
107	Abril 2020	Guide for the Granting of Compulsory Licenses and Government Use of Pharmaceutical Patents	Carlos M. Correa
108	Abril 2020	Public Health and Plain Packaging of Tobacco: An Intellectual Property Perspective	Thamara Romero

109	Mayo 2020	Non-Violation and Situation Complaints under the TRIPS Agreement: Implications for Developing Countries	Nirmalya Syam
110	Mayo 2020	Estudio preliminar del capítulo sobre propiedad intelectual del acuerdo MERCOSUR – UE	Alejandra Aoun, Alejo Barrenechea, Roxana Blasetti, Martín Cortese, Gabriel Gette, Nicolás Hermida, Jorge Kors, Vanesa Lowenstein, Guillermo Vidaurreta
111	Mayo 2020	National Measures on Taxing the Digital Economy	Veronica Grondona, Abdul Muheet Chowdhary, Daniel Uribe
112	Junio 2020	La judicialización del derecho a la salud	Silvina Andrea Bracamonte and José Luis Cassinerio
113	Junio 2020	La evolución de la jurisprudencia en materia de salud en Argentina	Silvina Andrea Bracamonte and José Luis Cassinerio
114	Junio 2020	Equitable Access to COVID-19 Related Health Technologies: A Global Priority	Zeleke Temesgen Boru
115	Julio 2020	Special Section 301:US Interference with the Design and Implementation of National Patent Laws	Dr. Carlos M. Correa
116	Agosto 2020	The TRIPS Agreement Article 73 Security Exceptions and the COVID-19 Pandemic	Frederick Abbott
117	Septiembre 2020	Data in Legal Limbo: Ownership, sovereignty, or a digital public goods regime?	Dr. Carlos M. Correa
118	Septiembre 2020	Re-thinking Global and Local Manufacturing of Medical Products After COVID-19	Dr. German Velásquez
119	Octubre 2020	TRIPS Flexibilities on Patent Enforcement: Lessons from Some Developed Countries Relating to Pharmaceutical Patent Protection	Joshua D. Sarnoff
120	Octubre 2020	Patent Analysis for Medicines and Biotherapeutics in Trials to Treat COVID-19	Srividya Ravi
121	Noviembre 2020	The World Health Organization Reforms in the Time of COVID-19	German Velásquez
122	Noviembre 2020	Analysis of the Overcapacity and Overfishing Pillar of the WTO Fisheries Subsidies Negotiations	Peter Lunenborg
123	Noviembre 2020	The United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas: One Step	Maria Natalia Pacheco Rodriguez and Luis Fernando Rosales Lozada

		Forward in the Promotion of Human Rights for the Most Vulnerable	
124	Noviembre 2020	Practical Implications of 'Vaccine Nationalism': A Short-Sighted and Risky Approach in Response to COVID-19	Muhammad Zaheer Abbas, PhD
125	Diciembre 2020	Designing Pro-Health Competition Policies in Developing Countries	Vitor Henrique Pinto Ido
126	Diciembre 2020	How Civil Society Action can Contribute to Combating Antimicrobial Resistance	Mirza Alas Portillo
127	Diciembre 2020	Revisiting the Question of Extending the Limits of Protection of Pharmaceutical Patents and Data Outside the EU – The Need to Rebalance	Daniel Opoku Acquah
128	Febrero 2021	Intellectual Property in the EU–MERCOSUR FTA: A Brief Review of the Negotiating Outcomes of a Long-Awaited Agreement	Roxana Blasetti In collaboration with Juan I. Correa
129	Marzo 2021	The TRIPS waiver proposal: an urgent measure to expand access to the COVID-19 vaccines	Henrique Zeferino de Menezes
130	Abril 2021	Misappropriation of Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge: Challenges Posed by Intellectual Property and Genetic Sequence Information	Nirmalya Syam and Thamara Romero
131	Junio 2021	TRIPS Flexibilities and TRIPS-plus Provisions in the RCEP Chapter on Intellectual Property: How Much Policy Space is Retained?	Vitor Henrique Pinto Ido
132	Junio 2021	Interpreting the Flexibilities Under the TRIPS Agreement	Carlos M. Correa
133	Agosto 2021	Malaria and Dengue: Understanding two infectious diseases affecting developing countries and their link to climate change	By Mirza Alas
134	Septiembre 2021	Restructuring the Global Vaccine Industry	Felix Lobo



International Environment House 2  
Chemin de Balexert 7-9  
CP 228, 1211 Ginebra 19  
Suiza

Teléfono: (41) 022 791 8050  
E-mail: [south@southcentre.int](mailto:south@southcentre.int)

Sitio web:  
<http://www.southcentre.int>

ISSN 1819-6926