

Las marcas y su función efectiva en la actualidad

*Juan Manuel Terán Contreras**

En este artículo se argumenta que la dogmática tradicional que considera a las marcas de productos y servicios como simples signos distintivos es obsoleta frente al fenómeno de las llamadas marcas notorias.

Antes que identificar al fabricante, distribuidor o proveedor, éstas se orientan a generar un ambiente psíquico alrededor del símbolo marcado mediante la publicidad, la promoción y las relaciones públicas. Los titulares de tales marcas notorias también controlan las principales decisiones respecto de los productos y servicios amparados por la marca en el mercado y típicamente remiten a terceros las operaciones de producción, distribución y provisión.

This article argues that the dogmatic tradition that considers trades products and services as simple distinctive signs has expired face to the phenomenon of the called evident trades. Before identifying the manufacturer, distributor or the supplier, these ones are for guiding and generating a psychological environment around the mark symbol, by the publicity, promotion and the public relations. The holders of those evident trades also control the principal decisions about products and services protected by the trade in the market and typically refer to thirds the production, distribution and supply operations.

Sumario: Proemio. / Regulación tradicional de las marcas: a) Parcela de la propiedad industrial, b) Características de las marcas, c) Sistemas de protección legal. / Impacto de las marcas notorias. / Transformación de las marcas. / Nueva explotación de las marcas. / La obsolescencia de la dogmática en la materia. / Conclusiones.

Proemio

Siempre resulta útil distinguir las razones de dogmática jurídica que sustentan las instituciones legales y la verdadera función social que dichas instituciones desempeñan, o sea su papel operativo, en la práctica. La distinción es importante porque conforme la dinámica social evoluciona, hoy aceleradamente, la adaptación de las instituciones jurídicas no sigue el mismo ritmo o tiempo de cambio y se tiende a dar cada vez con mayor frecuencia una brecha creciente entre la *ratio legis* original de las leyes y su función efectiva actual. El fenómeno de las marcas o signos distintivos de los productos y los servicios ilustra claramente una situación histórica de brecha creciente entre institución y función efectiva. Este artículo destaca el contraste entre la regulación jurídica de las marcas y su verdadera naturaleza y función actuales. En mi opi

nión con las marcas llamadas notorias surge algo similar al fenómeno de la celebridad artística, deportiva etc., que ya trataba en otro artículo publicado en esta misma revista (*Alegatos*, núm. 41, ene.-abr. 1999, págs. 163-173). Pero, antes, recordemos a grandes rasgos la regulación jurídica tradicional de las marcas.

Regulación tradicional de las marcas

a) Parcela de la propiedad industrial

Las marcas o signos distintivos de los productos y servicios en el mercado se consideran parte del ámbito clásico

* Profesor-investigador de la Universidad Autónoma Metropolitana; adscrito al Departamento de Derecho de la Unidad Azcapotzalco.

de la propiedad industrial, al lado de las patentes de invención y de las patentes de dibujo y de modelo industrial. A diferencia de las invenciones, donde siempre tenemos algún individuo creador o algunos individuos creadores y, en consecuencia, la cuestión de los derechos personales o individuales de carácter moral, en las marcas el asunto es estrictamente patrimonial; se trata de signos distintivos para identificar productos o servicios en el mercado y distinguirlos de los productos o servicios similares de otros oferentes. Es como el nombre o la identidad de las personas físicas, que los distinguen de otras personas, pero aplicada a la marca para distinguir objetos de tráfico mercantil, sean tangibles como la mayoría de los productos, sean intangibles como la mayoría de los servicios.

La dogmática jurídica ubica la temática de las marcas en el contexto de la propiedad industrial, *qua* subgénero, y de la propiedad intelectual, *qua* género, simplemente por razones de azar histórico. Son bienes intangibles de la negociación mercantil al igual que las invenciones, cuya importancia fue creciendo con la evolución de la industria moderna. Pero ¿por qué el carácter intangible de un bien ha de implicar una dogmática jurídica similar o análoga, cuando lo que está en cuestión es muy diferente tratándose de distintos tipos de intangibles como es el caso de las invenciones como productos del ingenio para resolver problemas técnicos y las marcas como simples identificadores?, es una cuestión que la dogmática no explora en profundidad. Se da simplemente por sentado.

De hecho, al incluirse tanto las marcas como las patentes de invención, en un campo o rama jurídica bajo la designación de "propiedad industrial", se da la curiosa contradicción entre identificadores (las marcas) como medios para evitar la competencia desleal y el fraude al consumidor, las formas de fomentar la creatividad inventiva de soluciones técnicas para mejorar la calidad de la vida (patentes de invención), y todo ello bajo la sombrilla nominal de la "propiedad" (industrial en este caso), con la cual no tienen que ver ni las marcas —desde el punto de vista de su naturaleza y función— ni las patentes de invención que son privilegios temporales. En todo caso, el elemento unificador más cercano entre esos intangibles, como los son las marcas y las patentes de invención, podría ser la idea de la "negociación mercantil" como una universalidad de bienes y derechos asignados al tráfico mercantil (a ofrecer bienes y/o servicios al público con fines lucrativos). Porque tanto las marcas como las patentes de invención pueden considerarse bienes o derechos incluidos en esa universalidad constituida por la negociación. Fuera de esa comunión *qua* parte de la negociación mercantil, nada tienen en común las marcas y las patentes de invención.

Sin embargo, el azar histórico llevó a las marcas de productos y servicios a hermanarse con el campo de las patentes de invención sin mérito real para ello. Y así se

dio la construcción institucional en la legislación, la administración pública, la dogmática jurídica y la organización internacional. Pero es bueno no olvidar que se trata de una hermandad puramente azarosa y coyuntural.

b) Características de las marcas

Las marcas son "signos" distintivos aplicables a productos o servicios; su ámbito de aplicación los distingue de los nombres comerciales aplicables a las negociaciones mercantiles o a los establecimientos mercantiles. El término "signos" aquí tiene un significado que puede comprender no sólo palabras o dibujos y figuras de representación gráfica, sino también formas tridimensionales, sonidos (marcas auditivas) y olores (marcas olfativas); o sea, cualquier signo perceptible por los sentidos de la vista, el oído o el olfato. Los sentidos del gusto (sabor) y el tacto (textura) quedan excluidos hasta ahora. En cuanto a las marcas de forma tridimensional, éstas pueden referirse a la forma de la envoltura, empaque o envase, o bien a la forma del producto o su presentación.

Técnicamente, sin embargo, hay que distinguir de las marcas los dibujos (bidimensionales) y diseños industriales (tridimensionales) que tienen una función ornamental en los productos y que no son ni obra autora! ni invención patentable. Los linderos entre esos dibujos y diseños y las obras de dibujo o escultóricas son, desde luego, muy nebulosos; no es infrecuente que el mismo dibujo o diseño admita cualquiera de las dos protecciones: la de propiedad industrial o la de obra autoral. Es muy raro, sin embargo, que las legislaciones admitan ambas protecciones simultáneamente. Un mismo dibujo o diseño puede ser protegido como dibujo o diseño industrial, o bien utilizarse como marca, como signo distintivo; la diferencia radica en la función que desempeña en relación al producto: es simple ornato, o sirve para identificarlo frente a otros similares.

c) Sistemas de protección legal

La protección de las marcas originalmente abarcó únicamente marcas de productos. La dogmática tardó en reconocer que los servicios también eran susceptibles de identificarse con signos distintivos. Hoy, claro, la parte más dinámica de las economías contemporáneas son los servicios y es prácticamente universal el reconocimiento de las marcas de servicios por las legislaciones de propiedad industrial. Normalmente, la protección se otorga en función de clases de marcas o servicios, en las que se agrupan productos y servicios similares.

Hay dos sistemas jurídicos diferentes en la protección jurídica de las marcas: el sistema de registro y el sistema de uso. El sistema de registro, otorga la protección a una

marca aun cuando no haya sido utilizada y, en general, privilegia la formalidad del registro oficial frente a la efectividad del uso. El sistema de uso, requiere la prueba de uso para el registro de una marca, o la intención de uso con utilización efectiva subsecuente al registro y, en general, privilegia la efectividad del uso frente a la formalidad del registro. Esta diferencia da lugar a problemas cuando de manera inescrupulosa se registra una marca ante la eventualidad de que el verdadero usuario requiera su uso posteriormente, por ejemplo al ingresar al mercado antes no considerado de un país; el titular del registro ofrece entonces los derechos que otorga el registro de la marca a cambio de un precio. En los sistemas de registro, basta la renovación del registro para mantener el derecho exclusivo aun cuando no se utilice la marca. Para las llamadas marcas notorias esto es un problema potencial que requiere múltiples registros en diversos países; piénsese tan sólo en la mayoría de las marcas de las grandes transnacionales.

El registro de marcas es por país y la protección es territorial. Lo que prevé el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, que es el tratado internacional más importante en la materia, al igual que tratándose de patentes merced a la azarosa hermandad entre éstas y las marcas, es un periodo de seis meses para hacer valer la prioridad de la primera solicitud de registro de una marca en los demás países miembros de la Unión. Pero no hay propiamente un registro internacional de marcas. La protección de una marca normalmente caduca por falta de renovación del registro, o por falta de uso de la misma. También puede perderse el derecho exclusivo cuando la marca se convierte en denominación genérica, o sea que la marca original se vuelve la expresión para designar los productos de la misma clase en el mercado; esto de hecho ocurre con varios productos sin que se de un procedimiento de anulación del registro de la marca por falta de interés jurídico de alguien para promoverlo. Piénsese por ejemplo en palabras como "clinex" o "corn-fleiks", que para muchos son marcas que han devenido en denominación genérica.

En la dogmática tradicional, la función de la marca consiste en distinguir los productos o servicios amparados frente a otros de la misma clase. La distintividad de la marca y su identificación con el oferente de buena fe del producto o servicio "original" garantiza ante el consumidor la procedencia del producto o servicio y avala sus expectativas de calidad y características esperadas. Por ello no son susceptibles de registro las marcas similares a otras en grado de "confusión", dentro de la misma clase de productos o servicios. Cuando se pretende confundir al consumidor o aprovechar el prestigio de un oferente con una marca similar a la suya, estamos en la zona de la competencia desleal. Se protege al consumidor contra la confusión, y se protege al titular de la marca por su prestigio y/o el de sus productos o servicios ante el público consumidor. Es otra instancia de regulación de la información comercial por el Derecho, que



Marcas como "corti-fleiks", han devenido en denominación genérica.

se revela desde la perspectiva de la competencia desleal más que desde la perspectiva de la propiedad intelectual. Se puede aducir que en el terreno de las marcas, en rigor, estamos más cerca de la regulación informativa que de la regulación de la propiedad; el enfoque depende del grado de énfasis relativo que se ponga en el flujo informativo hacia el mercado frente a los derechos exclusivos de uso de signos distintivos por los oferentes.

La protección contra la competencia desleal hoy tiende a extenderse también a la vestimenta comercial o "trade-dressing" de los establecimientos, cuando sin copiarse el nombre comercial, por el tipo de letra, colores u otros aspectos de la vestimenta, se tiende a confundir al consumidor sobre la identidad del establecimiento.

Como las llamadas marcas *notorias* llevan un prestigio que puede derramarse casi sobre cualquier tipo de producto o servicio, hay un reclamo de los titulares por una protección excepcional que corte sobre las clasificaciones de productos y servicios y se generalice sin necesidad de registro.

La nueva legislación en México recoge esa preocupación consignando como no susceptible de registro, en ninguna clase de productos o servicios, las marcas notoriamente conocidas, salvo cuando el solicitante sea el titular. Dice al respecto la Ley de Propiedad Industrial:

"Se entenderá que una marca es notoriamente conocida en México, cuando un sector determinado del público o de los círculos comerciales del país, conoce la marca como consecuencia de las actividades comerciales desarrolladas en México o en el extranjero por una persona que emplea esa marca en relación con sus productos o servicios, así como el conocimiento que se tenga de la marca en el territorio, como consecuencia de la promoción o publicidad de la misma.

"A efecto de demostrar la notoriedad de la marca, podrán emplearse todos los medios probatorios permitidos por esta ley.

"Este impedimento procederá en cualquier caso en que el uso de la marca por quien solicita su registro, pudiese crear confusión o un riesgo de asociación con el titular de la marca notoriamente conocida, o constituya un aprovechamiento que cause el desprestigio de la marca." (art. 89, frac. XV)

Esa disposición recoge la preocupación de protección patrimonial de los titulares de marcas notorias al impedir su registro por cualquier tercero, en cualquier clase de productos o servicios, independientemente de que estén o no registradas. La disposición deja entrever la punta del *iceberg* de la nueva función de las marcas en la economía contemporánea.

Impacto de las marcas notorias

Dice el teórico social Marshall McLuhan que hoy, merced al impacto de los medios de comunicación colectiva, compramos los productos para acceder a la imagen de los mismos. Lo mismo podemos decir de los servicios; los consumimos para acceder a la imagen que incorporan. Esta dinámica del consumo contemporáneo se entiende muy fácilmente en los productos que simbolizan un supuesto estatus económico alto. En esos casos, lo más común es que se compra la etiqueta que consigna la marca antes que el producto mismo. Hay marcas de corbata, por ejemplo, que ahora aparecen de frente en la parte delgada de la corbata, para que se puedan mostrar más fácilmente o—mejor— marcas que se integran al propio dibujo de la corbata para hacerse más evidentes; automáticamente se asocia la marca con precios y fabricantes que denotan un supuesto estatus económico elevado del comprador, de manera "inequívoca".

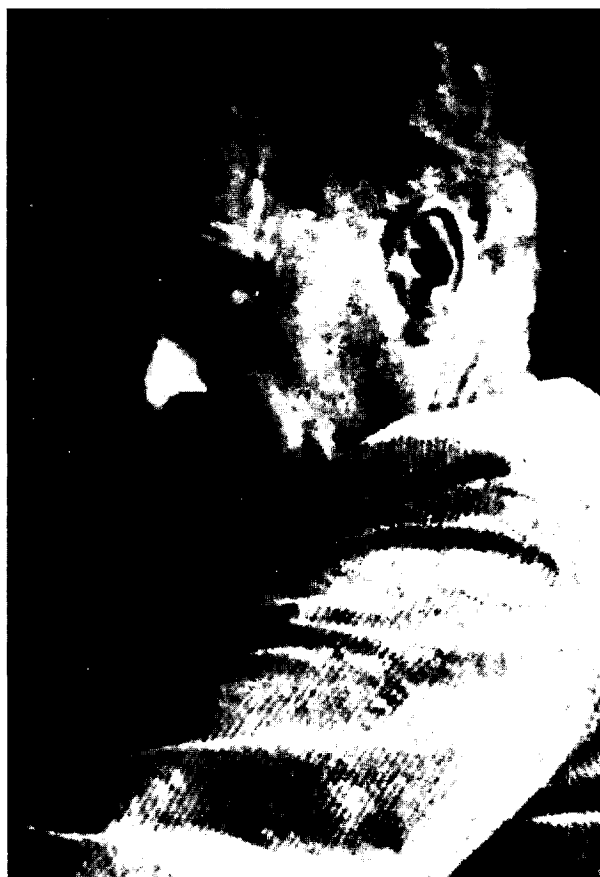
Curiosamente, en el pasado todavía reciente la situación era la inversa. Lo *chic* eran los productos sin ninguna marca; se consideraba de mal gusto ostentar la etiqueta con la marca de un sastre costoso en los trajes, o un camisero de postín en las camisas, etc. Era al revés, lo que denotaba el estatus económico alto del consumidor era la ausencia de marca en las prendas.

El impacto de las marcas notorias en la juventud hoy llega al extremo de convertirlas en requerimiento absoluto. Para grupos crecientes de jóvenes en todo el mundo, la prenda o el objeto no amparado por una marca notoria carece absolutamente de sentido; es como si tal prenda u objeto que "no es de marca" simplemente no existiese ni pudiera siquiera desempeñar su función normal. En el sentido sociológico las marcas notorias se van convirtiendo

en los signos socialmente legitimadores por excelencia; algo explicable por otra parte, en un mundo urbano-global donde las personas son *cada día más anónimas* (valga esta expresión). Ya casi solamente las marcas notorias, con sus ambientes psíquicos asociados, pueden portar en un lenguaje común los necesarios mensajes sociales de pertenencia, estatus, jerarquía, etcétera.

Lo que dice McLuhan es que la construcción de una imagen alrededor de un producto lleva al consumidor a apetecer la imagen, no el producto en sí; pero, claro, para acceder a la imagen es preciso adquirir el producto. Lo importante ya no son las características funcionales del producto o del servicio para satisfacer una o varias necesidades económicas, sino la imagen asociada al producto o servicio en términos de estatus, vigor, pertenencia, juventud, etcétera.

La asociación producto/servicio-imagen se lleva a cabo a través de la publicidad en los medios de comunicación colectiva. La asociación producto/servicio-imagen es un proceso en la psique del consumidor que genera la publicidad misma a base de impacto y repetición; para no hablar de la publicidad subliminal de mensajes encubiertos dirigidos al subconsciente de los consumidores, los cuales son más poderosos en la armazón de la asociación psíquica.



Marshall McLuhan

Transformación de las marcas

Las posibilidades de construcción de asociación de imágenes en la psique de los consumidores que trae consigo la publicidad moderna, permite así la asociación directa marca-imagen, independientemente del producto o servicio amparado. En el texto de la ley mexicana arriba transcrito se deja traslucir esa situación en la referencia al prestigio *de la marca*. Si ese prestigio antes dependía de calidades funcionales de los productos o servicios que la marca amparaba, hoy depende más bien de las imágenes asociadas a la marca. En el puente de asociaciones producto/servicio-marca, conforme a la dogmática jurídica tradicional que legitima la protección de las marcas como propiedad intelectual, ahora tenemos marca-imagen en el caso de las marcas notorias, por eso se protegen independientemente de clase de producto o servicio; lo que está en juego es el "prestigio" *de la marca*, no el de algún producto en particular. La transformación de la función de las marcas, como se ve, es radical. La marca notoria ya no se asocia a satisfactores de necesidades específicas, sino a valores incorporados en imágenes que la publicidad liga a la marca en la psique de los consumidores. El producto o servicio amparados pasan a un lugar totalmente secundario.

A la manera de la imagen de la celebridad artística o deportiva, a la que también se asocian valores proyectados por el público, esta nueva función de las marcas también ha dado origen a una nueva profesión conocida como el "manejo" o "administración" de marcas. Se trata del manejo que requiere la marca para definir y lograr la asociación de imágenes deseada, en función de la máxima rentabilidad y valor financiero de la marca asequibles, como bien intangible de carácter patrimonial. Es una profesión en crecimiento.

Los expertos en manejo de marcas hablan de que su tarea es generar un ambiente psíquico para la marca, de acuerdo con el mercado en juego. El manejo de marcas se liga sin duda con el desarrollo de los mercados. Es una cuestión de sintonía precisa entre el mercado actual y potencial de una marca y el ambiente psíquico asociado a la misma como efecto de la publicidad, la promoción y las relaciones públicas.

La historia de algunas marcas muestra dramáticamente cómo el cambio de imagen de la marca, por asociación de imágenes vía la publicidad, la promoción y las relaciones públicas, transforma el mercado de la marca y el desarrollo de éste. En México un ejemplo destacadísimo es el de la marca "Corona", que amparaba —y sigue amparando— la misma cerveza. La cerveza "Corona" hace 30 años se asociaba a un mercado de bajos recursos económicos; la consumía el obrero. El producto sigue siendo el mismo, pero merced a una campaña inteligente que abrió

un amplio mercado de exportación en los EUA, ahora es una marca con otra imagen, asociada a la juventud yupi y al jet-set internacional, con un mercado de consumo multiplicado también en México.

Curiosamente, primero como producto de exportación la "Corona" se asoció en los EUA al yupismo y al jet-set internacional, mediante una inteligente campaña publicitaria, al margen de la imagen de la marca en México. Allá consumían cerveza "Corona" las estrellas hollywoodenses. Y, por un efecto de rebote hacía México, la imagen del mismo producto-marca cambió aquí; de la cerveza del obrero pasó a ser la cerveza del yupi local, identificándose así este último con su contraparte norteamericana.

El ideal de una marca en el contexto contemporáneo es generar la asociación exclusiva con un ambiente psíquico único que le dé a la marca un mercado de consumidores cautivo en el sentido psíquico por la exclusividad de la imagen de la marca. Por otra parte, hoy las marcas tienden a ser signos ultra-simplificados. Esto facilita la exclusividad en el uso del signo para internalizar los rendimientos de la inversión publicitaria y promocional en todo su potencial. Piénsese en la palomita de Nike, las bolitas de Sony, las rayas de Televisa, etc. La simpleza del signo facilita el reconocimiento de la marca por el consumidor en un mundo de analfabetismo y reduce las posibilidades de confusión con signos distintivos de los competidores.

En el proceso de construcción del ambiente psíquico de la marca, la asociación con celebridades provee un atajo. En alguna época se consideraba que la asociación de una marca con una celebridad determinada era algo demasiado riesgoso. Cualquier escándalo destructivo de atributos de la imagen de la celebridad se derrama automáticamente a la marca en desdoro del prestigio de ésta. Hace aproximadamente 30 años, la marca de cerveza conocida como "Superior", que todavía se asocia al eslogan sobre "la rubia de categoría", se publicitó asociada a la actriz —rubia claro está— Gina Romand, de interesantes proporciones (desafortunadamente cada vez más raquílicas según lo dictan la moda y las modelos). Eventualmente, ante el riesgo indicado, se disoció el vínculo y ahora la publicidad asocia la marca a cualquier rubia de interesantes proporciones y no con alguna actriz en particular.

Lo ideal es que la marca adquiera los atributos de la asociación con un personaje sin los riesgos del vínculo con una celebridad específica. La marca "Marlboro" es un ejemplo de esta fórmula. El "hombre Marlboro" es un personaje anónimo. Pero ésta construcción de asociaciones con un personaje anónimo requiere tiempo y una gran inversión publicitaria. La marca Nike, en su asociación publicitaria con el basquetbolista Michael Jordán, logra un atajo en la construcción del ambiente psíquico deseado, pero toma el riesgo consiguiente.

La marca que logra asociarse a un ambiente psíquico apetecido por el público, merced a un inteligente y elevado gasto publicitario, promocional y en relaciones públicas, adquiere un valor financiero y patrimonial tan importante que prácticamente la marca constituye la negociación mercantil. Tal como ocurre con la imagen de la celebridad desde el punto de vista de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual, como lo indicaba en otro artículo recientemente publicado aquí en *Alegatos*,¹ la marca notoria (al igual que la celebridad) es la negociación mercantil, en el sentido de que todos los demás activos involucrados en la negociación respectiva son generalmente fungibles y tienen, por tanto, un valor financiero y patrimonial secundario en relación con el valor de la marca notoria (o de la celebridad). Piénsese en la marca "Coca Cola"; ¡qué poco valen las presumiblemente suntuosas instalaciones corporativas de la sociedad controladora propietaria de la marca, en comparación con el valor de ésta!

Nueva explotación de las marcas

De hecho, el fenómeno cada vez más común de *modus operandi* de las negociaciones mercantiles concentradas en el manejo de una marca o varias, consiste en proveer la marca y, si acaso, algún insumo básico que les permita controlar la contabilidad de los volúmenes de producción y ventas, mientras que el resto de las actividades e insumos necesarios para integrar y distribuir los productos o servicios se proveen por terceros. Se trata de operaciones de ultra-maquila en general, independientemente de las diversas fórmulas jurídicas (franquicia, consignación, compraventa, suministro, etc.) que se adopten. La contratación con estos terceros puede ser bajo la fórmula de la maquila industrial, de preferencia en países con bajos costos de mano de obra; o bien, mediante el licenciamiento de la producción y/o la distribución, o a través del licenciamiento complejo que representa el contrato de franquicia, o de cualquier otra fórmula legal apropiada para el resultado pretendido. El mayor valor en el mercado —la tajada del león— se obtiene por el "dueño" del mercado y éste es el titular de la marca notoria. Carece de sentido sobrecargar la operación con las fases industriales, que implican obligaciones laborales, logística, etc., si a través de la marca se tiene el control del mercado de consumo y, con ello, la obtención del mayor valor; de la tajada del león.

El caso clásico de la exitosa fórmula es, de nuevo, el de las marcas de refrescos de cola más conocidas. Laneso-

1. "Derechos personales, patrimoniales y colectivos de propiedad intelectual sobre bienes intangibles: una perspectiva distinta de la propiedad intelectual". *Alegatos*, núm. 41, ene.-abr. 1999, pp. 163-173.



ciación mercantil se concentra en manejar la marca y el extracto que da a los refrescos el sabor característico. Lo demás se licencia a embotelladores y distribuidores. La titularidad de la marca conlleva el derecho a definir el producto final, precios, márgenes, políticas promocionales y todo lo que cuenta en el mercado. De hecho, todos los demás participantes bajo diversas fórmulas jurídicas (licenciatarios, franquiciatarios, suministradores, comisionistas, distribuidores, etc.), son en la práctica "ultra-maquiladores" industriales o de servicios; sus márgenes de decisión en relación al movimiento del producto o servicio en el mercado son mínimos. El poder lo ejerce el dueño del recurso fundamental, en este caso, la marca notoriamente conocida que conjuga en su imagen un ambiente psíquico apetecido.

La economía "globalizada" facilita esa fórmula operativa al reducirse las barreras arancelarias y de otro tipo a las importaciones y exportaciones. Las distintas fases de producción y distribución se pueden llevar a cabo en los países con las mejores condiciones de disponibilidad de insumos y los más bajos costos. La marca, por su parte, se maneja globalmente para generar un mercado de características lo más homogéneas posible. Así se producen hoy desde los automóviles hasta las corbatas.

La importancia de la marca notoria como definitoria de la negociación mercantil muestra lo atinado de la teoría jurídica de la negociación que comienza con el avío, hoy comúnmente llamado crédito comercial. Lo que ocurre es que si antes el avío dependía de un conjunto de factores que incluían la operación necesaria para llevar el producto o servicio al mercado, a los puntos de venta, hoy el avío se localiza prácticamente en la imagen de la marca. La operación que lleva los productos al mercado, a los puntos de venta, incluyendo las operaciones fabriles que integran el producto físicamente, puede estar dissociada y de hecho lo está con creciente frecuencia, del manejo de la marca. Este manejo, como se indicó previamente, es la sintonía precisa con el mercado actual y potencial, tan cautivo en el sentido psíquico como sea posible. El avío de los subcontratistas que realizan las operaciones que llevan el producto o servicio a los puntos de venta es hacia el dueño de la marca que los contrata y sólo marginalmente hacia el consumidor. En cambio, el avío de la marca notoria/negociación mercantil que la maneja es totalmente hacia el mercado de consumidores finales.

El manejo de la marca dissociado de la operación fabril, distributiva, etc., no deja de llevar un mal olor o sabor de boca cuando la dogmática tradicional ubica la marca como identificadora del fabricante o del prestador del servicio. Hay una cuestión informativa seria de por medio.

El desarrollo dogmático de defensa de los derechos geográficamente universales de exclusividad sobre

L a obsolescencia de la dogmática en la materia

La dogmática jurídica tradicional no tiene elementos serios para evaluar la nueva función que desempeñan las marcas notorias. El desarrollo dogmático de defensa de los derechos geográficamente universales de exclusividad sobre la marca notoria, independientemente de clases de productos y servicios, e inclusive de registro, sólo atiende uno de los diversos aspectos que entran en juego en los temas acerca de los signos distintivos en el mercado. Hoy la cuestión parece fácil porque hay una tendencia a observar únicamente el aspecto propietario o de exclusividad de los derechos del titular. Se olvidan las consideraciones básicas de flujo informativo que también están en juego y que se protegen por las normas de libre concurrencia y de competencia desleal y también se olvida todo lo relativo al fomento en el campo de los bienes intangibles. Regreso aquí a algo que ya he tratado al hablar de los derechos personales, patrimoniales y colectivos de propiedad intelectual.²

Prueba de ese cruce de intereses en la materia lo tenemos en México inclusive en la denominación de la leyes relativas. La legislación se ha denominado sucesivamente de "Invenciones y Marcas", lo cual enfatiza el aspecto informativo (esa legislación inclusive requería ligar las marcas extranjeras con denominaciones nacionales) de "Propiedad Industrial y Fomento Tecnológico", lo cual atiende al fomento junto con la propiedad, y ahora, simplemente de "Propiedad Industrial", ya sin matices. El nombre, sin embargo, no puede eliminar los tipos de valores e intereses que se entrecruzan en esta temática y que trascienden la estricta "propiedad" o los derechos de exclusividad.

Acerca del aspecto propietario hoy en boga casi de manera exclusiva, en el campo de las invenciones y los signos distintivos en el comercio, conviene reflexionar en el hecho de que la apropiación siempre sigue siendo una excepción a la libre concurrencia y la contradice. También la apropiación exclusiva de la información, el conocimiento y los símbolos, va contra lo natural en lo social que es compartir todo eso. Sin embargo, lo que está en juego es claro, porque el monopolizar o no compartir los símbolos, la información y el conocimiento es una fuente de poder respecto de los otros. Por esto democracia y libre concurrencia económica, en la práctica van necesariamente juntos. De ahí lo paradójico de que la tendencia actual a proteger los derechos exclusivos de propiedad en la materia informativa y del conocimiento se denomine neoliberalismo cuando es contraria a la libre concurrencia económica.

2. *Op.cil.*

Para actualizarse ante la nueva función de las marcas, la dogmática tendría que regresar a sopesar de manera equilibrada los diversos intereses, valores y factores que entran en juego, que se entrecruzan, en las cuestiones sobre signos distintivos en el comercio. La preocupación casi única sobre la protección de la exclusividad de derechos del titular, que gasta en generar un ambiente psíquico para la imagen de la marca, deja fuera de toda consideración al consumidor y la información pertinente a que tiene derecho, así como las preocupaciones de fomento del bienestar general que se supone es el fin del mercado. ¿Cómo equilibrar todo esto, cuando la marca deja de ser un simple signo distintivo de un fabricante u oferente, para convertirse en una imagen de ambiente psíquico, y se disocia del fabricante u oferente de los servicios? El reto es quizá demasiado grande para la dogmática de la propiedad intelectual en el sentido tradicional.

Quizá es hora de rebautizar y reorganizar esta materia. La denominación seguramente ha sido incómoda desde siempre. ¿Cómo identificar como propiedad las patentes de invención cuando su otorgamiento depende de un acto gubernamental? ¿Por qué enfatizar lo patrimonial frente a los derechos morales de las creaciones del espíritu humano? ¿Por qué mezclar cuestiones de regulación del comercio como los signos distintivos en la competencia mercantil, con las cuestiones de la creatividad humana como son las invenciones y las obras artísticas? Son algunas de las preguntas que se pueden formular para

reacotar y rebautizar la problemática involucrada con un mejor sentido que el actual.

(Conclusiones)

1. Sólo por azar histórico la legislación, la construcción institucional, dogmática jurídica y la organización internacional ha incluido las marcas de productos y servicios al lado de las patentes de invención como parte de la llamada "propiedad industrial".
2. La llamadas marcas notorias hoy tienen una función muy diferente a la tradicional función de las marcas consistente en identificar al fabricante o proveedor.
3. Hoy las marcas notorias principalmente simbolizan un ambiente psíquico apetecible para el mercado de consumidores y poco tienen que ver con la identidad de los fabricantes y distribuidores de los productos o de los proveedores de los servicios amparados.
4. El impacto de las marcas notorias en el mercado permite a los titulares derivar a actividades de ultramaquila la producción y distribución del producto o la prestación de los servicios amparados por la marca.
5. Hay una creciente disonancia entre la función actual de las marcas notorias y la dogmática jurídica tradicional acerca de las marcas como meros signos distintivos.