

Aspectos del Derecho Económico actual El neointervencionismo del neoliberalismo

Rafael Pérez Miranda*

Sumario: El Derecho Económico actual / Liberalismo y neoliberalismo / 1. Los neoliberales son intervencionistas y su intervencionismo es regresivo / 1.1. Las privatizaciones / 1.2. Los neoliberales no confían en el mercado, confían en las grandes corporaciones / 2. Propiedad industrial e intelectual y proteccionismo.

Derecho Económico: conjunto de instrumentos jurídicos de que se vale el Estado para imponer una política económica de alcance nacional..

El Derecho Económico actual

En el marco del Primer Congreso Internacional de Derecho Económico que se realizó en la Universidad Nacional Autónoma de México (ENEP Acatlán) en el año 1981, un grupo de ponentes¹ consideró conveniente elaborar una definición de esta disciplina que, por razones obvias, debía ser lo suficientemente amplia como para abarcar las diversas concepciones de los participantes, pero precisa como para ser útil en el desarrollo temático de un área del derecho que había adquirido gran impulso. La definición propuesta, luego de extensas discusiones, fue: *conjunto de instrumentos jurídicos de que se vale el Estado para imponer una política económica de alcance nacional mediante el cual se intenta racionalizar el sistema económico concreto, invocando consideraciones de interés general conforme a un determinado orden público económico*². Al incluir aspectos finalistas en una

definición que se pretendía descriptiva, la misma no ha logrado superar la coyuntura en la que fue elaborada; la evolución de las políticas económicas hacia una menor intervención mediante una ampliación del uso del derecho económico, han hecho resaltar las críticas realizadas oportunamente a estas conceptualizaciones teleológicas en las que se incluían aspectos volitivos.³

Un importante volumen editado en homenaje a uno de los participantes de la reunión, el Dr. Manuel Antonio Laquis, se organizó alrededor de la idea temática de las transformaciones que ha sufrido *El derecho económico actual*⁴ nombre que identifica al libro. Si partimos de la

1. Participaron en la reunión Manuel Antonio Laquis, Eduardo White, Eduardo Novoa Monreal, Miguel Bajo Fernández, Klaus Tiedde-mann, Esteban J.A. Righi, Héctor Cuadra Moreno, León Cortinas Peláez, Oscar de Lassé y el autor de este ensayo.

2. Transcrito en la *Revista del derecho industrial*, año 3, 1981, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 542, e igualmente en PÉREZ MIRANDA, Rafael. *Derecho y relaciones de producción*, Ed. Plaza y Janes, México, 1988.

3. Véase PÉREZ MIRANDA, Rafael. *Derecho y Relaciones de Producción*, op. cit.

4. *Derecho Económico actual, homenaje al profesor Manuel A. Laquis*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992. Se publica como No. 42 de la *Revista del Derecho Industrial* fundada por Manuel A. Laquis y dirigida actualmente por Carlos M. Correa.

definición a que se hizo referencia, resulta congruente replantear el sentido y contenido de esta disciplina ante la profunda transformación del Estado moderno que se manifiesta, de manera especial, en la redefinición de sus funciones en materia económica, que sigue oscilando entre concepciones *intervencionistas* (identificadas con el *proteccionismo*) y *liberales*⁵ (identificadas con el *libre comercio*). En principio se podría afirmar que las políticas intervencionistas tienden a ampliar el contenido y la temática del Derecho Económico y las liberales a estrecharlo; algunos autores han querido ver en las tendencias neoliberales un principio de extinción del Derecho Económico. En el ámbito de la política internacional han sido de fundamental importancia el predominio de las corrientes que promueven la desregulación económica y el fin de la guerra fría, así como el gran impulso que recibieron los procesos de integración y secesión, en especial la conformación de grandes bloques alrededor de las potencias económicas más poderosas y dinámicas (Estados Unidos, Alemania y Japón). A ello se debe agregar el gran avance de la ciencia que se traduce en las denominadas *nuevas tecnologías*.⁶

El Derecho Económico en sus ámbitos nacional e internacional ha ensanchado su contenido en la recepción de las tendencias aludidas, y también ha debido reestructurar la orientación de sus interpretaciones. La desregulación general de la actividad económica y en especial los procesos de privatización de las empresas del estado han provocado inquietudes jurídicas importantes por la carencia de normas adecuadas que permitieran desarrollar los procesos con eficiencia y transparencia.⁷ En el caso del derecho de la integración, los tratados de libre comercio que celebrara México con

diversos países -y en especial el de América del Norte con Canadá y Estados Unidos- han estimulado el estudio respecto al derecho de la integración y particularmente del sistema arbitral internacional. Derivado de las remisiones a tribunales arbitrales pactados en el Tratado de Libre Comercio, la reforma de la legislación que contiene el Derecho Económico mexicano ha registrado un claro incremento de comisiones administrativas (dependientes del gobierno federal) con atribuciones para aplicar la ley e interpretarla; a la ya existente Comisión Nacional de la Inversión Extranjera se agregan el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, la Comisión Nacional de Competencia y la Comisión de Comercio Desleal, dando contenido a un amplio derecho económico procesal. Existe cierta coincidencia entre los juristas respecto al carácter inconstitucional de las atribuciones [para resolver conflictos por parte de estas comisiones, que sacan de sus jueces naturales los conflictos jurídicos en que una de las partes sea un extranjero de Estados Unidos o Canadá.

También ha intentado desarrollarse en lengua hispana la corriente jurídica de *análisis económico del derecho*⁸ influida por las políticas económicas de la llamada escuela de Chicago. Estos intentos no han fructificado en una producción interesante, limitándose a explicar errática e incoherentemente el contenido de la producción estadounidense, sin mayores aspiraciones de teorización y aplicación a la realidad de estos países y al derecho codificado.

Liberalismo y Neoliberalismo

Es tan amplio el concepto de liberalismo que los autores se ven obligados a realizar acotaciones cuando se van a referir a él como parte importante de un discurso: si se hace referencia al liberalismo político, al liberalismo económico, a la filosofía liberal; a la concepción europea orientada a identificarlo con la ideología que da marco

5. "Le régime juridique des échanges économiques internationaux de- va à l'oscillation entre le libéralisme et l'interventionnisme (voire le protectionnisme) en fonction des doctrines dominantes et la conception que les États ont de leur rôle en la matière". CA-REAU, Dominique; THIEBAUT, Flory; JULLIARD, Patrick, *Droit International Economique*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990.

6. Algunos de estos temas han sido desarrollados sintéticamente por AGUINIS, Ana María M. de, *Derecho económico actual, en Derecho económico actual -Homenaje a Manuel A. Laquis*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

7. La destitución del Presidente de Brasil en 1992 y la destitución y posterior procesamiento penal del Presidente de Venezuela en 1993 son un ejemplo de lo expuesto. La prensa y los partidos de oposición han hecho serias críticas y acusaciones de corrupción a los gobiernos de Argentina, Perú y otros países latinoamericanos con motivo de las privatizaciones; en México no se han presentado denuncias formales ante los poderes legislativo y judicial pero existen serias dudas entre juristas y otros intelectuales sobre la transparencia de las privatizaciones.

8. Esta corriente surge en Estados Unidos alrededor de la escuela económica de Chicago, siendo uno de sus impulsores POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 3a. ed. Little Brown, 1986. En español se puede ver: ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, quien define a la corriente, citando a Caries K. Rowley, como "la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas" p. 6 y ss. Véase igualmente PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989. Se hace referencia a esta corriente en PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Derecho y Relaciones de Producción*, op. cit.

teórico y filosófico a la política, economía y derecho del insurgente capitalismo del siglo XVIII o a la norteamericana, que tiene un tinte progresista. A partir de la crisis del denominado socialismo real y de su identificación con la crisis del Estado de bienestar o intervencionista, "occidente considera hoy al liberalismo como algo evidente",⁹ sin que se haya avanzado demasiado en su conceptualización; los politólogos lo suelen identificar con la también difusa democracia occidental.

Socialistas moderados utilizaron la palabra liberal como calificativo sustitutivo de democrático;¹⁰ como contrapartida algunos liberales agregan el calificativo de social para significar que su respeto del mercado coincide con su preocupación por la marginación social. La dificultad en identificar conceptualmente a una corriente ideológica liberal debería resultar potenciada cuando intentamos hacerlo con los *neoliberales*, sin embargo pareciera haber consenso respecto a que éstos son aquellos que están impulsando las actuales políticas económicas y jurídico-económicas en los países de América Latina, luego de haber impuesto sus criterios respecto a las corrientes denominadas indistintamente intervencionistas, populistas, o menos peyorativamente partidarios del Estado de bienestar. En este ensayo pretendemos afirmar que en materia de Derecho Económico los denominados *neoliberales* propugnan por una política económica y jurídica que sin duda es la contrapartida de la genérica idea *liberal*.

Es por ello que esta denominación [*neoliberales*] resulta poco conveniente, pues tiene una connotación reivindicativa de una propuesta demasiado cuestionada. En efecto, la denominación de neoliberal es usada como una calificación negativa, reivindicando la antinomia *intervencionistas* vs. *liberales*, en la cual estos representaban ideas social-mente regresivas. Es quizá conveniente renunciar a estas rememoraciones ya que implican asumir ciertas proposiciones difíciles de defender. El intervencionismo estatal en los países de América Latina no significó un avance social, generó por el contrario una perversa acumulación de capital con elevados niveles de concentración y de diferencias de ingresos. El análisis crítico de las actuales políticas económicas y la elaboración de propuestas alternativas no pueden nacer de un *anti* legítimo que indirectamente implica un *pro* ilegítimo.

Quede claro, en consecuencia, que en este ensayo hablamos de *neoliberales* aceptando, pero de ninguna manera compartiendo, una terminología ya impuesta con la cual resulta más sencillo identificar al grupo de políticos e ideólogos que impulsan las llamadas políticas de *modernización económica; apertura del comercio internacional; desregulación de la economía; reconocimiento del mercado como único referente de la asignación de recursos a los factores de la producción, y que parten de axiomas no sujetos a discusión como que: a) el incremento del comercio internacional favorece siempre a las economías nacionales, b) la estabilidad cambiaría y de precios favorece el crecimiento económico, c) el crecimiento económico es bueno en sí mismo.*

Hechas estas aclaraciones queremos presentar algunas hipótesis de trabajo orientadas a generar parámetros que ayuden a un análisis crítico de estas políticas y permitan realizar algunas propuestas alternativas.

1. Los liberales son intervencionistas y su intervencionismo es regresivo

La identificación del Estado como organizador de la violencia de la burguesía contra el proletariado y la del Estado intervencionista poderoso como Estado progresista -en oposición al Estado liberal- resultaba una contradicción insoluble, el *teorema de Femat* de las ciencias sociales. En la sociedad moderna o en vías de modernización, los *neoliberales* impulsan las desregulaciones y los sectores progresistas pretenden que el Estado defina una línea de mayor intervención en la economía, sin embargo al menos en esta etapa y en América Latina *el Estado neoliberal es altamente intervencionista y su intervención es socialmente regresiva.*

1.1. Las privatizaciones

De las empresas que se privatizaron en México, las más importantes se adjudicaron a empresarios nacionales,¹¹ participando la inversión extranjera directa sólo marginalmente; otros países, como Argentina, aprovecharon el proceso de privatización para combinar el ingreso de

9. DWORKIN, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*, Introducción de Fernando VALLESPIN, Ed. Paidós, Barcelona, 1993, p. 43.

10. Renato Treves, Norberto Bobbio, Oppenheim.

11. Véase sobre el tema ASPE ARMELLA, Pedro, *El camino mexicano de la transformación económica*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993. Para el periodo anterior a 1989 véase CORDERA, Rolando -AYALA, José, *Estado y privatización: Una aproximación a la experiencia mexicana* (pp. 241-276) y PÉREZ ESCAMILLA, Juan Ricardo, *Los inicios de la privatización en México: 1982-1988* (pp. 277-316) en el libro colectivo BAZDRESCH, Carlos y otros, *México, auge, crisis y ajuste*, Colección Lecturas de El Trimestre Económico, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

recursos externos frescos con la aceptación de bonos de la deuda externa vencida.¹² Tradicionalmente esta reserva de sectores estratégicos de la economía a los empresarios nacionales hubiera sido considerado un *intervencionismo estatal nacionalista y progresista*. ¿Cuál fue el resultado de esta política *intervencionista*?

a) Los empresarios nacionales no tenían suficiente capacidad financiera como para abordar la adquisición de tantas empresas privatizadas en un plazo tan corto, por lo cual una primera consecuencia fue el desvío de capitales que podrían haberse orientado a la inversión productiva; el Estado destinó el ingreso derivado de las privatizaciones al pago de su deuda y a generar reservas en divisas que respaldara al capital extranjero especulativo. En razón de ello no se generaron nuevos empleos y, por el contrario, se redujeron las plazas en las empresas privatizadas. b) Los adquirentes no sólo quedaron agotados en su capacidad financiera, además de ello no tenían capital suficiente para pagar las empresas, por lo cual el Estado **tuvo que intervenir** para que pudieran hacerlo. Se permitió a la banca nacionalizada mantener un diferencial entre intereses, activos y pasivos muy elevado que hizo posible altas tasas de ganancias, utilizadas para pagar las empresas. Esto fue posible por el alto grado de concentración de la banca privatizada y el importante peso del Estado, (Banco de México y Secretaría de Hacienda) en la regulación de las tasas de interés.

Una vez adjudicadas las empresas se facilitó la inversión extranjera en las mismas (acciones L, ADRs), que de haberse autorizado previamente hubieran incrementado sus precios. Es decir, los consumidores de créditos y de servicios telefónicos pagaron una cuota importante del capital de las empresas privatizadas. Ello explica en parte que pese a la crisis económica y el estancamiento productivo se haya incrementado sustancialmente el número de mexicanos con más de mil millones de dólares.

1.2. Los neoliberales no confían en el mercado, confían en las grandes corporaciones

El factor mano de obra no sólo ha sido excluido de las negociaciones sobre el libre flujo de mercancías y capitales en el TLC (salvo ejecutivos y profesionales de las corporaciones), sino que además ha sido excluido de la desregulación. Las centrales de trabajadores continúan con la posibilidad de mantener un rígido control sobre obreros y empleados, lo cual permite que se respete la política económica respecto al mantenimiento de bajos salarios. Estas dos políticas intervencionistas han motivado que el único precio que no guarda una relación de similitud en divisas con los Estados Unidos sea el de la mano de obra.

12. A diciembre de 1992 el 41.3% del capital de las empresas adjudicatarias de empresas privatizadas era extranjero, el 27.9% nacional y el 30.9% del Estado nacional. KOSACOFF, Bernardo-BEZCHINSKY, Gabriel, *Nuevas estrategias de las empresas transnacionales en la Argentina*, Revista de la CEPAL No. 52, Santiago de Chile, abril de 1994, pp. 133 y ss. Sobre la participación marginal de la inversión extranjera en la privatización en México se puede consultar en la obra citada de Pedro ASPE ARMELLA.



Por otra parte, la apertura del mercado externo sin normas adecuadas de control ha significado un traslado de las decisiones sobre comercio exterior y, en general, sobre política económica del Estado a las grandes corporaciones.

En efecto, las prohibiciones de importar (o aranceles muy elevados), junto a la obligación de explotar las patentes y modelos de utilidad, obligaban a las empresas transnacionales a invertir en los países en desarrollo si estos ofrecían un mercado atractivo y lo deseaban explotar. Eliminadas las prohibiciones y los altos aranceles, e identificando la importación a la explotación de la patente, las grandes empresas transnacionales pueden ahora decidir con mayor libertad si *radican capitales para producir* bienes o *los exportan desde sus matrices*. En los casos en que tengan algún derecho de propiedad industrial sobre la mercancía que elaboran, para la toma de esta decisión contará con la tranquilidad de un mercado protegido.

¿Hasta dónde puede incidir esta transferencia del poder de decisión del Estado a las grandes corporaciones? En 1991 las empresas transnacionales realizaron el 44% de las exportaciones de manufacturas; en 1989 más de un tercio del comercio exterior de los Estados Unidos se realizó entre empresas transnacionales; en el mismo año, el 27% de las exportaciones de México a los Estados Unidos de América y 42% de las importaciones provenientes de dicho país correspondieron al comercio intrafirma de empresas norteamericanas (el comercio intrafirma explica entre el 40% y 50% del comercio del grupo asiático integrado por Japón, Taiwan, Corea, Hong Kong, Singapur, Tailandia, Indonesia, Filipinas y Malasia);¹³ la diferencia es atribuible a que en el volumen total de exportaciones tienen un peso superlativo las realizadas por Petróleos Mexicanos. Considerando que los capitales de origen estadounidense en México representan aproximadamente dos tercios del total acumulado, podemos estimar que, excluyendo las exportaciones petroleras, más de la mitad del comercio exterior de México se da al interior de las empresas transnacionales.¹⁴

Antes de que finalizaran las sesiones de 1994 y sin tiempo para el debate que un tema de tal importancia

Políticas intervencionistas han motivado que el único precio que no guarda una relación de similitud en divisas con los Estados Unidos sea el de la mano de obra.

ameritaba, se reformó la *Ley de fomento y protección de la propiedad industrial* de 1991, con el argumento de que se debía adecuar al Tratado de Libre Comercio para América del Norte. Las reformas fueron en muchos casos importantes y respondieron a diversos motivos: a) corregir errores manifiestos de la ley de 1991 que había criticado la doctrina; b) adecuar la ley a los acuerdos de la Ronda Uruguay del GATT en materia de servicios (*TRIP V*), ya que México, al haberse incorporado a la OCDE, no goza de los plazos otorgados a los países subdesarrollados para que su infraestructura productiva se adecúe a nuevas leyes en materia de servicios; c) incorporar compromisos contraídos en el TLC en materia de propiedad industrial, en especial hacer posible que las resoluciones definitivas que afecten a estadounidenses y canadienses reciban una última decisión en tribunales arbitrales internacionales. La mayoría de las reformas se orientan a un mayor proteccionismo, según la tendencia de los países desarrollados y contradiciendo la política de libre comercio pregonada.

Por la importancia que reviste queremos hacer referencia en especial a la inserción del derecho del titular de una patente a impedir la importación del producto patentado o del producto elaborado mediante el proceso patentado.

Según la redacción aprobada en 1991, el titular de una invención tenía el derecho exclusivo de su explotación (artículo 9°), la cual consistía en la utilización del proceso patentado, la fabricación y distribución o la fabricación y comercialización del producto patentado, efectuadas en México por el titular de la patente (artículo 25); si el titular importaba el producto patentado no correspondía otorgar una licencia obligatoria por falta de explotación (artículo 70). Reconociendo el principio denominado *agotamiento del derecho de patente*, la ley disponía que el titular de una patente no se podía oponer a que una persona comercialice, adquiera o use el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, luego de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el

13. IBARRA, David. *Interdependencia, ciudadanía y desarrollo*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1994, p. 51.

14. C.E.P.A.L. (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), *Políticas para mejorar la inserción en la economía mundial*, Santiago de Chile, 1994, pp. 53 y ss.

comercio (artículo 22 inciso II), no haciendo distinción si la introducción lícita al comercio se había realizado en el país o en el extranjero.¹⁵

Conforme a la nueva redacción del artículo 25 el titular de la patente tiene el derecho de impedir a otras personas que importen el producto patentado o el producto obtenido directamente con el proceso patentado (sin su consentimiento), sin hacer distinción respecto a la importación de productos que hubieren sido puestos lícitamente en el comercio. No se ha modificado el artículo 22, por lo cual será de suma importancia la interpretación que le den los jueces a esta disposición.

Para aclarar la importancia de la reforma es conveniente poner un ejemplo: si la empresa transnacional *uno* patenta un producto (*fármaco*) en México, éste no se puede fabricar en el país sin su autorización, y si la misma empresa importa de su matriz productos en cantidad suficiente se considera que está *explotando* la patente y no se podrá otorgar autorización a un tercero para la fabricación del producto (licencia obligatoria) ni corresponde declarar la caducidad del derecho de exclusiva (es probablemente uno de los factores que motiva el estancamiento de la inversión extranjera directa, como ya se expusiera). El titular de la patente, con base en la exclusividad otorgada para la producción y primer comercialización, puede fijar a su arbitrio el precio del *fármaco x*, supongamos que lo hace en \$100.

A partir de la liberalización del comercio exterior, las empresas mexicanas podrían adquirir el producto en un país extranjero, siempre que hubiera sido puesto legalmente en el comercio, es decir que hubiera sido puesto en el comercio por la empresa que lo había patentado en ese país y en México (en nuestro ejemplo la matriz u otra filial de *uno*); podía darse el caso de que, debido a la más estricta legislación estadounidense sobre prácticas mono-pólicas, el precio en el país del norte fuera menor que el que se pretendía cobrar en nuestro país, supongamos \$40. Si se acepta la exclusividad de uno

para realizar la importación del producto, llegaría a tener un *monopolio absoluto* y el derecho indiscutido a fijar el precio del *fármaco x*, derivado de su facultad para impedir la importación del mismo.

De esta manera, la legislación sobre propiedad industrial no sólo elimina un estímulo a la inversión y facilita las prácticas monopólicas sino que elimina, además, la principal ventaja del libre comercio, que es el abaratamiento de los precios y restringe el mismo en beneficio de las transnacionales. Una sencilla lectura de las estadísticas sobre patentamiento en México y el análisis de la importancia económica de las patentes mexicanas torna pueril la argumentación de que estas restricciones se orientan a proteger a los inventores mexicanos.

Consideramos, sin embargo, que la nueva disposición se debe interpretar correlacionada con el artículo 22 y por tanto se debe limitar el derecho del titular de la patente a impedir la importación del producto si el mismo *no hubiera ingresado lícitamente al comercio en el país del cual proviene*, entendiendo por ingreso lícito al comercio que hubiera sido elaborado y puesto en el comercio por el titular de la patente o por un tercero que contara con su autorización. No obstante, aceptamos, que serán muchas las presiones de las empresas transnacionales para que se haga una interpretación literal y aislada *del derecho monopólico a las importaciones de los bienes patentados o fabricados con procesos patentados; es indudable que esa fue la intención del legislador que respondió a las presiones de los grupos de interés económico y que para evitar un debate más profundo no aclaró debidamente el artículo 22.

Un último argumento a tomar en cuenta es la decisión de la Comunidad Europea, respecto a considerar que el agotamiento de la patente es indiscutible respecto al comercio que se realiza en la región por estimar que en su defecto se afectaría de manera sustancial los objetivos del Tratado de Roma.¹⁶ Este mismo argumento debería funcionar respecto al Tratado de Libre Comercio, en especial si tomamos en cuenta que aún antes de la firma del mismo más del 70% de los contratos y de los pagos por transferencia de tecnología que realizaba México se hacían a Estados Unidos. Poco se liberará el comercio con el país del norte si no se concerta adecuadamente el comercio entre empresas transnacionales y la protección del abuso del derecho de propiedad industrial e intelectual.

15. "Algunos autores interpretaron de manera diversa la ley antes de su reforma, considerando que la licitud se refiere exclusivamente a la puesta en el mercado mexicano, lo cual impediría la importación paralela; la falta de espacio impide analizar estas interpretaciones con mayor profundidad, se puede ver en tal sentido RANGEL ORTIZ, Horacio, *El agotamiento del derecho de patente en el Derecho comparado y en el Derecho mexicano*, Revista de Investigaciones Jurídicas No. 17; Escuela Libre de Derecho, México, D.F. 1993, pp. 45 y ss. Un análisis menos sesgado se puede hallar en BATTIOLI, Emilio L. *Agotamiento de derechos de propiedad intelectual e importaciones paralelas*, en Revista del Derecho Industrial, Ed. Depalma, No. 39, 1991, Buenos Aires, pp. 539 y ss.

16. BATTIOLI, Emilio L., *op. cit.*, pp. 559 y ss.

2. Propiedad industrial e intelectual y

Proteccionismo Se deben contemplar dos aspectos: a) la ampliación de los derechos que se otorgan a las invenciones patentables o registrables y a las obras protegidas por el derecho de autor, y b) la incorporación de creaciones intelectuales o del ingenio humano que pueden ser protegidas con el *derecho de exclusiva*. A los motivos alegados tradicionalmente, la evolución de la ciencia y la tecnología y la internacionalización de los mercados¹⁷, se debe agregar uno no menos importante y vinculado a este último que es la presión de las empresas transnacionales. a) *Expansión del contenido del derecho protegido* Hay una tendencia generalizada a ampliar los plazos de vigencia de la patente a veinte años; en México pasó de 10 años en la ley de 1976 a 14 años en la reforma de 1987, y 20 años en la nueva ley de 1991; en 1993 se derogó una disposición que había sido muy criticada porque con ciertos requisitos otorgaba 23 a los procesos y productos farmacéuticos.¹⁸ En derechos de autor se amplió el plazo que se comienza a contar a partir de la muerte del autor de 50 a 75 años (único plazo en caso de que el titular sea una persona colectiva).

La tendencia proteccionista tiende a otorgar a los titulares de las patentes el derecho a que se considere a la importación de los productos patentados como explotación (así lo reconoce la nueva ley mexicana, contrariamente a lo establecido en la ley de 1976). La presión de las empresas transnacionales ha motivado que se creen organismos específicos orientados a la represión del plagio y de la denominada *piratería* industrial.

*Poco se liberará el comercio
con el país del norte si no se
concerta adecuadamente el
comercio entre empresas
transnacionales y la
protección del abuso del
derecho de propiedad
industrial e intelectual*

b) *Nuevas tecnologías u obras del ingenio humano que son protegidas* Las grandes corporaciones aspiran a que se protejan todas las obras producto de estudio, investigaciones o creaciones intelectuales que han implicado una inversión y que le brindan una ventaja momentánea en el mercado, con el fin de que esa ventaja se prolongue en el tiempo, evitando la tendencia natural al equilibrio (perecuación) en la tasa de ganancia. Para ello han recurrido a: a) la derogación de partes importantes de creaciones que la legislación consideraba *que no eran invenciones*, que siendo invenciones *no eran patentables o registrables como obras estéticas*; b) a la disminución de los requisitos exigidos para que las creaciones del intelecto sean patentables o registrables; c) cuando ello resultaba imposible, a la creación de nuevas formas de protección de creaciones del ingenio humano que se traduzcan en el otorgamiento del derecho de exclusiva.

b1) *Programas de cómputo y base de datos*. Se trata de creaciones vinculadas más a las invenciones y a la tecnología que a la estética, sin embargo no reúnen los requisitos mínimos indispensables para aspirar a su patentamiento, en especial la actividad inventiva. Cuando se debate sobre las formas de otorgarle una protección se parte de un presupuesto, bajo cualquier forma deben ser protegidos. La tendencia prevaleciente es protegerlos por los derechos que se otorgan a los autores por sus obras.

b2) *Topografía de semiconductores*. Tampoco reúnen los requisitos mínimos indispensables para lograr su patentamiento. Fue Estados Unidos el primer país que optó por una ley especial para su protección y en 1989 se celebró el Tratado de Washington que no ha entrado en vigencia por no haber reunido las adhesiones mínimas necesarias; entre otros, no lo suscribieron los países desarrollados que están en desacuerdo con las disposiciones vinculadas a las licencias obligatorias por falta de explotación. Sin embargo, en la Ronda Uruguay del GATT se estableció el compromiso de legislar en función de los primeros artículos de dicho tratado, compromiso que ya había contraído México en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

17. BERCOVITZ, Alberto, *Tendencias actuales en la propiedad intelectual*, en SOBERANES, José Luis, *Tendencias actuales del derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 55 y ss.

18. PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Propiedad industrial y competencia en México*, Ed. Porrúa Hnos., 1994.

b3) Biotecnología y vida animal y vegetal. Se ha ampliado notablemente el patentamiento en estas áreas, si bien no hay todavía doctrina pacífica sobre los límites del mismo. Respecto a las invenciones vinculadas a los vegetales la tendencia es optar por una legislación especial cuyo contenido se orienta por el Tratado de Protección de Obtenciones Vegetales, manteniendo el patentamiento para los microorganismos. La Ley de Propiedad Industrial de 1991 opta por la posibilidad de patentar las invenciones que se refieran a la materia viva, y en una disposición que ha sido muy criticada¹⁹ enuncia las siguientes: *a) las variedades vegetales, b) las invenciones relacionadas con microorganismos, como las que se realicen usándolos, las que se apliquen a ellos o las que resulten de los mismos, c) los procesos biotecnológicos de obtención de farmoquímicos, medicamentos en general, bebidas y alimentos para consumo animal y humano, fertilizantes, plaguicidas, herbicidas, fungicidas o productos con actividad biológica.* La misma ley establece una disposición en la que se enumeran las que no serán patentables. La reforma de 1993 eliminó la ejemplificación de las invenciones patentables en esta materia y cambió el sistema, enumerando sólo las no patentables: *I) Los procesos esencialmente biológicos para la producción, reproducción y propagación de plantas y animales; II) El material biológico y genético tal como se encuentran en la naturaleza; III) Las razas animales; IV) El cuerpo humano y las partes vivas que lo componen; V) Las variedades vegetales.*

Las variedades vegetales se podrán patentar hasta el 17 de diciembre de 1994, fecha a partir de la cual su patentamiento está vedado. El legislador considera que en este plazo el Ejecutivo suscribirá la convención sobre obtenciones vegetales y la misma será ratificada por el Senado, legislándose en función de la misma. Las reformas en la Ley de Propiedad Industrial han puesto de manifiesto la falta de seriedad de quienes la propusieron

l(Ejecutivo) y a sancionaron (legislativo): se tipifican nuevos delitos (1991); se retorna al sistema de sanciones administrativas (1993), pero transformando las infracciones en delitos perseguidos con pena privativa de libertad para los reincidentes (1993); se declara patentable las variedades vegetales (1991), y se opta por la protección como obtentor (1993); se rechaza el monopolio para importar (no propuesta por el Ejecutivo, incluida por el Senado y rechazado por diputados) en 1991 y se la incorpora en 1993. La próxima legislatura deberá, en sus primeros dos meses de funcionamiento, legislar en materia de obtenciones vegetales y topografía de semiconductores; ratificar tratados internacionales varios para cumplir con los compromisos contraídos en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte; sancionar la nueva legislación de ingresos, y aprobar el presupuesto luego de que la Cámara de Diputados culmine sus funciones como Colegio Electoral de las elecciones presidenciales, lo cual resulta poco aconsejable si no se quiere volver a caer en prontas reformas.

b4) Franquicias. La liberalización de las franquicias a partir de 1989, ratificada en la ley de 1991, incorpora un sistema que posibilita ciertas concertaciones monopólicas y límites al comercio; la derogación de la legislación que obligaba al registro de los contratos que transferían tecnología, marcas y nombres comerciales (primero tácitamente mediante un decreto reglamentario inconstitucional y luego expresamente en un transitorio de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial de 1991) hizo posible la expansión de estos contratos en México. Una política errática de las autoridades encargadas de aplicar la legislación sobre monopolios y prácticas monopólicas hace que las empresas que otorgan las franquicias puedan *proteger el mercado* y controlar los precios mediante la distribución del mismo sin que se les aplique sanción alguna.

19. PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Op. cit.*