

Naturaleza económica y jurídica de la propiedad industrial

Rafael Pérez Miranda*

El aspecto teórico que define la naturaleza jurídica y la naturaleza económica de la propiedad industrial ha sido dejado de lado en los últimos años. Este último aspecto, el económico, ha influido sustancialmente a partir de la decisión de la Organización de Naciones Unidas de declarar a partir de los sesenta décadas del desarrollo, en las cuales la transferencia de tecnología tuvo una especial atención; se comenzó a hablar de la tecnología como mercancía y a denominar al sistema de patentes y marcas como propiedad industrial y cuando incluía los derechos de autor, de propiedad intelectual, aún en aquellos países como México en los cuales desde el nivel constitucional se los definía como privilegios monopólicos. Este ensayo es un avance en la conceptualización de la naturaleza jurídica y económica de la denominada propiedad industrial y la efectos de la misma para el desarrollo económico nacional.

The theorist aspect that defined the economical and juridical nature of the industrial property has been left out in recent years. The economical aspect, has had a big influence since decade of 60', when the United Nations remarked the importance of technology on the development, and is seen as merchant, as well as brands and patents became industrial property, and copy writer, even in those countries like México, where since the constitutional level were defined as monopolistically wrong. This essay is an advance in the conceptualization of the juridical and economical nature of the industrial property, and the effects of these in the national economic development.

Sumario: I. Introducción. / 1.1. La invención como bien intangible objeto del derecho de propiedad. / 1.2. Derecho de Propiedad sobre bienes inmateriales. / 1.3. Adquisición originaria del derecho de propiedad. / 1.3. Apropiación originaria mediante un tertium genus. / 1.4. Dificultades que presentan este tipo de justificación analógica. / 2. Naturaleza económica de la propiedad industrial. / 2.1. El otorgamiento del derecho de exclusiva como estímulo al primer inventor. / 2.2. Efectos de premiar al primer inventor con el derecho de exclusividad. / 2.3. Eficiencia de los estímulos. / 2.4. Barreras al ingreso al mercado. / Bibliografía.

Introducción

La asignación de un derecho especial sobre los bienes intangibles, en este caso los derechos de propiedad industrial, demandan justificación o explicación al menos en las siguientes preguntas:

1. Por qué se considera conveniente otorgar un derecho sobre bienes intangibles o inmateriales (lo que incide en la definición de las creaciones que se protegen).

2. Por qué se otorga un tipo de protección especial (derecho de explotación exclusiva); y la naturaleza jurídica de la misma (monopolio o propiedad).
3. Cuales son las conveniencias sociales e implicaciones económicas de la misma.
4. Si hay alternativas posibles y viables en el actual orden internacional sustentado en un proceso acentuado de mundialización económica y mercantil.

La explicación tradicional cada vez más insistente y excluyente, que hace derivar este tipo de protección de la

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

necesidad de otorgar estímulos a las empresas para que inviertan en investigación científica y tecnológica no está demostrada ni es suficiente. Es necesario que se someta a la crítica de la ética económica, a la verificación de su real utilidad y a la posibilidad de encontrar otros tipos de estímulos que deriven en similares ventajas eliminando algunos de sus efectos negativos ⁽¹⁾. Es habitual considerar que el estímulo organizado alrededor del instituto jurídico de la patente, el derecho de explotación exclusiva, es la única retribución posible y que, por tanto, es necesario y no provoca perjuicios. Todas estas afirmaciones han sido y son seriamente cuestionadas como erróneas, e inclusive nocivas para los países con niveles de desarrollo similar al de México y para los países de pobreza extrema.

1.1. La invención como bien intangible objeto del derecho de propiedad.

El Derecho de Propiedad regula relaciones entre los individuos, que tienen como referencia necesaria un bien ⁽²⁾, la propiedad tradicional otorga al titular el derecho exclusivo al uso, goce modificación y destrucción del bien objeto del mismo. Traducido en los términos expuestos con anterioridad, significa negar al resto de los individuos (a todos) el derecho a impedir u obstaculizar el uso, goce, modificaciones o destrucción del objeto por parte de su propietario. El derecho respecto a todas las personas, incluido el Estado, es intemporal, y puede ser transmitido por disposición expresa del titular en actos *inter vivos* y por causa de muerte; el derecho al uso implica el derecho al no uso, la titularidad sólo se pierde por el no uso cuando simultáneamente un tercero ejerce la posesión del mismo bien, a título de dueño, durante un período generalmente prolongado. Parte de la doctrina asimila la llamada propiedad industrial a la propiedad de bienes tangibles, trasladando a la misma el carácter absoluto y la exclusividad, si bien como excepción no se le otorga el carácter de perpetua.

El objeto de la llamada propiedad industrial es un bien intangible; no es la suma de los bienes materiales que lo integran (generalmente papeles en los que se encuentran

diseños, programas, fórmulas); su contenido es intelectual y se traduce en la posibilidad de utilizarlo en la producción de bienes y servicios abaratando costos o satisfaciendo -y generando simultáneamente necesidades con nuevos productos.

La exclusividad, atributo del Derecho de Propiedad, se traduce en la propiedad industrial, en la prohibición de reproducir el objeto (contenido de la invención patentable) del Derecho, en términos normativos concretos se otorga la exclusividad para explotar la invención que permite modificar la materia o la energía de manera más provechosa o más barata que como se hacía hasta entonces; en el derecho de autor la exclusividad para reproducir, materializar la obra. Sólo el primer sujeto que registra la invención obtiene la exclusividad, nadie puede como en la propiedad tradicional volver a producir el mismo objeto y luego utilizarlo. El que es propietario de una pala que fabricó puede oponerse a que otra persona la utilice, pero no a que fabrique una pala idéntica y haga uso de ella; todo lo contrario acontece con la exclusividad en la Propiedad Industrial. Carece de importancia, inclusive, que quien llega a los mismos resultados del que obtuvo la patente hubiera recorrido vías diferentes y desconociera las investigaciones de quien lo precedió.

Por definición, las innovaciones tecnológicas no son el producto exclusivo de la actividad creadora del inventor; se nutren de conocimientos científicos [logrados por investigadores que generalmente no reciben una retribución económica especial] que se organizan y sistematizan en función de criterios metodológicos elaborados en largos procesos de labores de investigación y que son absorbidos en la etapa de formación académica de los científicos, formación generalmente subvencionada por el Estado.

La legislación universal nunca ha aceptado en términos absolutos este intento de asimilación de la propiedad sobre bienes materiales a la propiedad sobre bienes inmateriales, aún en aquellos casos en que ha sido más receptiva a la fundamentación teórica. Tal criterio restrictivo resalta como evidente al establecer un límite temporal al privilegio de exclusividad y al estipular excepciones y cargas en la reglamentación de las patentes. La propiedad privada sobre bienes materiales no caduca por el solo transcurso del tiempo o por falta de uso o explotación; para la pérdida del derecho se exige la acción (posesión) durante un lapso por parte de un tercero.

Quienes sustentan el fundamento del derecho de propiedad en el derecho natural trasladan esta

1 Sobre el concepto de ética económica, ver ARNSPERGER, Christian / Philippe VAN PARIJS. *Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa*. Editorial Paidós. Barcelona, España, año 2002.

2 La definición tradicional de derechos sobre las cosas es propia del fetichismo jurídico tradicional y no permite una mayor profundización en el estudio de la vinculación de las normas con la estructura social; la misma caracterización de los derechos reales como derechos *erga omnes* ratifica lo expuesto.

característica a la propiedad industrial ⁽³⁾. La minuciosa elaboración de derecho positivo y de doctrina jurídica que acota a unas pocas creaciones intelectuales científicas o técnicas la posibilidad de adquirir el carácter de invenciones patentables, agregando incluso creaciones que no hubieran sido tradicionalmente consideradas como tales, hacen que esta concepción del derecho de propiedad industrial como derecho natural carezca del más mínimo fundamento. Así lo reconoce el constituyente mexicano que no sólo hace referencia expresa a la facultad del legislador para crear el derecho, sino que otorga al mismo la facultad potestativa de otorgar o no la exclusividad como reconocimiento a sus actividades (art. 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Un primer avance, en este sentido, es aceptar que sólo desde una perspectiva analógica, se puede considerar a los derechos sobre obras e invenciones como derecho de propiedad. Pero aún así, es el derecho, el sistema jurídico, quien establece los límites de ese derecho. Y en este aspecto tiene similitud con el derecho de propiedad sobre bienes materiales; en la sociedad esclavista, o en regímenes que aceptaban la esclavitud, el esclavo era considerado una cosa, por tanto era susceptible de apropiación privada, los restantes seres humanos de ese país o región no eran cosas y escapaban a la posibilidad de ser propiedad de terceros; era la ley la que definía el concepto de cosa, y en razón directa de esta definición determinaba que o quien podía ser el objeto, el elemento pasivo del derecho de propiedad. En el sistema de propiedad intelectual, también será el derecho el que determinará que es un invento, que es una obra, que puede ser patentado y que puede ser protegido por el derecho de autor.

1.2. Derecho de Propiedad sobre bienes inmateriales

Con características similares a las de nuestros días, el derecho de propiedad individual se define con precisión en el período de transición al capitalismo, nos referimos al origen de la actual propiedad privada individual, susceptible de ser utilizada como capital y en la

apropiación del trabajo ajeno, de ser reproducida en forma ampliada; esta propiedad no guarda símil alguno con la de etapas históricas precedentes, entre otros motivos, por sus alcances y por la acotación del objeto susceptible de ser apropiado ⁽⁴⁾. El dominio (utilizaremos este término como sinónimo de propiedad) es considerado por la tradición liberal un derecho inherente al ser humano, preexistente a la norma objetiva -a la que no cabe otra opción que reconocerlo-. El acceso al estado de felicidad está condicionado por la posibilidad de posesión, uso y disfrute de los bienes, y una felicidad duradera por la de atesoramiento y acumulación; su carácter absoluto es un requisito del pleno goce. Pero el propietario tiene que demostrar la justicia de su derecho, que lo adquirió legítimamente y si fue por transferencia de un tercero, que este poseía el derecho con igual legitimidad y justicia. La legitimidad del derecho se sustenta en el derecho de quien lo transfirió y de la legalidad del acto de transferencia por el cual lo adquirió el nuevo titular.

Si en el análisis del derecho a poseer del actual propietario seguimos estudiando los antecedentes de los diversos titulares, debemos llegar al menos hipotéticamente al primer propietario de ese objeto o bien, y este no podrá justificar su titularidad por la adquisición de la propiedad, ya que es el propietario originario; lo cual nos lleva necesariamente a la adquisición originaria, tanto en su legitimidad legal como en la justificación ética (económica y social) que la fundó. Y en este punto, la diferencia entre un derecho de propiedad sobre un bien material y sobre uno inmaterial puede llegar a ser sustantivo.

El Derecho de Propiedad, afirman los jusnaturalistas, se obtiene separando los bienes del estado en que los había puesto la naturaleza; el trabajo que se les incorpora —para su separación y/o para su transformación elimina el derecho común que sobre esa porción de la naturaleza tenía el conjunto de los individuos ⁽⁵⁾.

3 El Convenio de París inclusive hace referencia a la preexistencia de este derecho de propiedad, que es reconocido, y No creado, por el derecho Ver sobre el tema CORREA, Carlos M. Y Salvador D. Bergel. *Patentes y Competencia*. Ed. Rubinzal y Culzoni. Santa Fe, Argentina, 1996, págs. 18 y ss.

4 En efecto,, en su sentido amplio podemos hablar de Derecho de propiedad desde los inicios de la historia escrita»...es una tautología decir que la propiedad (la apropiación) es una condición de la producción, pero es ridículo saltar de ahí a un forma determinada de propiedad, por ejemplo la propiedad privada...» MARX, Karl. *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política 5 (Grundrisse)*, ¡857-1858. Ed. Siglo xxi, México i 977.

5 La Ley natural había adquirido en este periodo un reconocimiento generalizado debido a la crisis religiosas y al desarrollo de la ciencia; las leyes sociales debían tener atributos similares a las de la naturaleza y encontrar en ella su fundamento; el hombre busca la felicidad en la naturaleza pero se somete a las leyes, ver las voces "Derecho Natural" y "Propiedad" en DIDEROT, DenisD'ALAMBERT, Jean. *Encyclopdic oir dictionnaire raisonne des sciences, des arts et des métiers* (1771-1765).

Los titulares de un derecho de propiedad sobre un bien, pueden transferir éste a un tercero mediante cualesquiera de las formas reconocidas por la ley; el nuevo propietario lo es por derivación. Es una de las formas de adquirir la propiedad y sin duda la habitual; pero las formas derivadas de apropiación, no son ahora objetivo de este estudio, en la medida en que presuponen un derecho preexistente en manos de quien realiza la transferencia. Al analizar la naturaleza económica y jurídica nos interesa, por el contrario, los fundamentos del otorgamiento de un derecho y, mas específicamente, de ese derecho, el de propiedad, al inventor. Nos avocamos en consecuencia al origen del derecho, a su adquisición originaria que justifica su reconocimiento como un derecho preexistente, siendo el derecho el que establece el vínculo entre la invención y el inventor como derecho de propiedad de manera originaria.

1.3. Adquisición originaria del derecho de propiedad

La adquisición originaria de la propiedad privada entendiendo por tal la creación pura y simple de un derecho sobre un bien se explica en los bienes tangibles a través de la *ocupatio*-adquisición de un bien por la mera aprehensión material que lo retira del estado de naturaleza y la *specificatio* [modificación o transformación de uno o varios bienes en otro u otros, de tal manera que pueda ser considerado una cosa nueva, en la que el propietario va a ser quien la contrata los insumos para producirla], formas diversas de transformación de la naturaleza.

El objeto de la ocupación preexiste en estado de naturaleza, la especificación supone, por el contrario, una *res nova*, este nuevo bien implicó trabajo y capital. La apropiación de las cosas se hace efectiva por quien aporta el trabajo (la actividad inventiva), el instrumental y el objeto a transformar (conocimientos científicos, tecnológicos); en la literatura tradicional el investigador independiente. Sin embargo, al igual que en la producción de mercancías, una persona física o moral puede contratar como asalariado a investigadores, proporcionar instrumentos de trabajo e insumos y reclamar el derecho de propiedad sobre el nuevo bien (invención) producido; es el sistema que permite la mayoría y las más importantes invenciones patentables en las últimas décadas.

En realidad la *ocupatio* parte también de la existencia de un bien que carece de propietario, que nunca

ha tenido un propietario legítimo o ilegítimo (o sea, un *res nullius*). La *specificatio* por el contrario, parte del supuesto de cosas que tienen propietario, que son adquiridas legítimamente por un tercero, el cual las utiliza para la creación de un bien diferente; lo que explica la *specificatio* es la titularidad de ese bien diferente, producto de la utilización de otros bienes.

La legitimación de la *ocupatio* se basa en que es producto de la separación de la naturaleza de un bien que carece de valor agregado, de un bien que no fue creado por nadie, al que se le agrega el trabajo de un hombre para transformarlo en bien separándolo o cercándolo; la separación de la naturaleza lo realiza un hombre que es dueño pleno de si mismo (principio fundamental en un pensamiento "libertario" como ha sido llamada esta corriente contemporánea) y por tanto, de su trabajo, por lo cual adquiere para él o para quien pagó su fuerza de trabajo (salario) la combinación de trabajo y recurso natural sin dueño. Siendo los bienes materiales limitados, la justicia de la adquisición originaria por la *ocupatio* condicionada tanto por quienes la propusieron originalmente -para que sea válida, justa, la adquisición debe dejar a terceros tanto y tan bueno del objeto adquirido" ⁽⁶⁾; como en quienes la reelaboran en la actualidad -cada persona puede tomar para si cantidades ilimitadas de recursos naturales si, de ese modo, no daña a nadie- ⁽⁷⁾.

No es propósito de este ensayo analizar o comentar críticamente las teorías sobre la justificación ética de la apropiación originaria por la *ocupatio*, solo presentar algunos de los intentos más elaborados de justificación que, sin embargo, para lograr un respaldo ético, deben ser sometidos a condicionamientos especiales, que luego veremos no resultan compatibles con la apropiación originaria de bienes intangibles como las invenciones y las obras ⁽⁸⁾.

Algunas formas clásicas de adquisición originaria han sufrido profundas transformaciones en las últimas décadas; la ocupación ha quedado limitada a los bienes muebles y a la accesión natural (que es una forma de ocupación). En el campo de los bienes materiales, es ya difícil hallar alguno que carezca de propietarios, tanto por la apropiación total de los bienes del universo mundo, como por disposiciones jurídicas preformativas, como la

6 LOCKE, John. "Dos ensayos sobre gobierno civil". Ed. Espasa Calpe, Madrid, España, 1997.

7 NOZICK, Robert. "Anarquía, Estado y Utopía". Ed. Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1988.

8 Ver GARGARELLA, Roberto. "Las teorías de la justicia de Rawls". "Un breve manual de filosofía política". Ed. Paidós. Barcelona, España, 1999, págs. 58 y ss.. ARNSPERGER, Christian/ Philippe Van Parijs. *Op. cit.*, págs. 48 y ss.

correspondiente a la Constitución de México que afirma que la Nación es propietaria originaria del suelo y del subsuelo (art. 27); por el contrario, en el de los bienes inmateriales son cada vez más importantes y serios los conocimientos y la información que carece de dueños, como se verá más adelante.

La accesión artificial no puede ser considerada una forma de apropiación originaria sino al solo efecto de la transformación de la naturaleza jurídica-accesión inmobiliaria y accesión mobiliaria-⁽⁹⁾.

En la propiedad industrial, los bienes preexistentes que utiliza el inventor son en gran medida, también, bienes inmateriales: conocimientos básicos y otras invenciones y tecnologías, que carecen de dueños, de los cuales se apropia el inventor mediante el mecanismo que algunos autores, como citamos, podrían considerar análogo a la ocupatio de bienes materiales.

La apropiación de los bienes que carecen de dueño -como los resultados de la investigación básica no patentable, los conocimientos teóricos no patentables unidos al trabajo que se les imprime para modificarlos y enriquecerlos, generan un nuevo bien que, si reúne los requisitos establecidos por la ley para calificar como una invención patentable, o susceptible de apropiación mediante otro instrumento jurídico como los modelos de utilidad, pasará a integrar el caudal de bienes de que dispone la sociedad; pero ese bien tiene una temporalidad, también definida por la norma. Estas acciones legitiman, según ciertos autores, la propiedad originaria de quien obtiene el derecho de explotación exclusiva y a quien se otorga el derecho de transferir legítimamente esa potestad.

Pero incluso alguno de estos autores considera conveniente hacer referencia expresa a casos excepcionales como es el de las patentes:

"La patente de un inventor no priva a los otros de un objeto, el cual no existiría si no fuera por el inventor. Sin embargo, las patentes tendrían este efecto sobre otros que independientemente inventaran el objeto. Por tanto, los inventores independientes, sobre quienes recae la carga de probar el descubrimiento independiente, no deberían estar excluidos de utilizar invenciones propias como ellos quisieran (incluso venderlas a otros). Aún más, un inventor conocido disminuye drásticamente las oportunidades de

invención independiente efectiva, puesto que las personas que conocen de una invención generalmente no tratan de inventarla, y la noción de descubrimiento independiente aquí sería, en el mejor de los casos, oscura. Sin embargo, podemos suponer que en ausencia de la invención original, algún tiempo después alguien más habría llegado a ella. Esto sugiere la imposición de un tiempo límite a las patentes, como regla práctica para calcular cuánto tiempo habría tomado, sin conocimiento de la invención, un descubrimiento independiente".⁽¹⁰⁾

1.3. *Apropiación originaria mediante un tertium genus*

Es Carnelutti uno de los primeros autores que establece diferencias entre los bienes materiales e intangibles (el prefiere definirlos como inmateriales), respecto al derecho de la propiedad, pero que se traduce en efectos similares; explica que el derecho a patentar deriva del reconocimiento por el derecho objetivo de una manera originaria de adquirir la propiedad de un bien intangible, distinguiendo el bien en si mismo del soporte material, de su materialización, indispensable para que se pueda proteger jurídicamente. Luego de hacer referencia a la *ocupatio* y a la *especificatio*, afirma Carnelutti que la adquisición originaria de la obra y de la invención se basa en un tercer género [*tertium genus*] consistente en la capacidad creadora del hombre que se justifica como una consecuencia del derecho sobre la persona, en tanto la idea que se transforma en obra o en invención patentable es un desprendimiento de la persona: "... si se quiere construir un concepto de la creación útil para el Derecho -afirma Carnelutti-, no creo que venga a definirla de otra manera que como transformación del hombre en cosa lo que se refiere naturalmente a una parte del hombre que se desprende de él, pero que ya no es él..."⁽¹¹⁾, incorporando un nuevo bien a la sociedad, propiedad de su creador. No hace referencia el autor a la ocupación de un bien ya existente en la naturaleza, o de un conocimiento u obra, se trata de un bien totalmente nuevo, generado en el cerebro de un ser humano y que se desprende de él materializándose en una invención u obra. No es producto de la fuerza de trabajo, sino de una parte del ser humano.

9 Ver RIPERT, George y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965, págs. 154 y ss.

10 NOZICK, ROBERT. *ANARQUÍA, ESTADO Y UTOPIA*, OP. CIT. PÁG. 182.

11 Carnelutti, FRANCESCO. *USUCAPIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL*, ED. PORRÚA, MÉXICO, 1945, PP. 71 Y SS.

La existencia de un nuevo tipo de bien, diferente a los materiales, implica la necesidad de encontrar una nueva forma de apropiación, un nuevo tipo de propiedad, consistente en el derecho de exclusiva. La elaboración conceptual es atractiva en lo concerniente a las obras intelectuales, pero no permite explicar como una invención, producto del mismo desprendimiento humano, de la misma transformación en cosa, no puede ser patentada porque hubo otra persona que presentó una solicitud de patente, aunque ambos inventores ignoraran lo que estaba haciendo el otro. A diferencia de los bienes materiales (cosas y energía), el derecho define a los bienes inmateriales, no sólo decide cuando las creaciones serán consideradas bienes o no (definiendo lo patentable y lo no patentable) sino que además acota su extensión conceptual y temporal; si bien en todos los casos se requiere una manifestación material del bien inmaterial (lo cual permite distinguir el secreto industrial del llamado *know how*), en el patentamiento de productos, por ejemplo, la exclusiva consiste en la prohibición de la comercialización de dicha materialización, su reproducción sin autorización, mientras en la de proceso la reproducción de la materialización (fórmulas, planos y diagramas) no está prohibida necesariamente, si su utilización es para elaborar bienes.

1.4. Dificultades que presentan este tipo de justificación analógica.

Los aportes realizados por los autores expuestos precedentemente en cuanto a precisar la identificación del bien a proteger como un bien inmaterial que no se debe confundir con su manifestación material, así como los avances en su caracterización jurídica, no culminan sin embargo en una teoría que permita justificar la creación de un nuevo tipo de derecho de propiedad; más aún si se pretende trasladar a la *propiedad industrial* los atributos de la propiedad tradicional, derecho absoluto y exclusivo; la protección se adecua a las características intangibles, inmateriales, del bien y tiene como único fundamento la decisión del legislador⁽¹²⁾.

La legislación de la mayoría de los países excluye a las teorías científicas, descubrimiento de elementos que existen en la naturaleza y un número importante de conocimientos básicos; son así insumos gratuitos que de alguna manera se ocupan en las investigaciones, cada vez más en las nuevas tecnologías vecinas a la investigación básica. Es claro en consecuencia que el derecho de exclusiva sobre una invención responde a criterios legales ajenos a las justificaciones que lo asocian de manera plena con el derecho de propiedad y que intentan brindarle su justificación en tanto a la apropiación originaria. Luego analizaremos las posibles justificaciones a que hacemos referencia, pero sin duda que no se puede aceptar el acto de creación pura, recurriendo a la ocupación, la especificación, la combinación de ambas o un tercer género.

La temporalidad por la cual se otorga la exclusividad en la explotación indica también una cierta ajenez a la idea de justicia, en especial por cuanto los plazos han sido caprichosos en cada país y en diversas épocas, encontrando recién en los últimos años una cierta uniformidad alrededor de los 20 años con base en el Acuerdo ADPIC de la Organización Mundial de Comercio.

Por otra parte, la inmaterialidad del bien "propiedad intelectual", que sustenta los privilegios en un registro regulado y aceptado por los regímenes jurídicos nacionales, motiva que este derecho de propiedad no pueda ser expropiable, lo cual resulta sin duda contradictorio. El gobierno mexicano no puede expropiar una patente registrada primero en el extranjero (es decir, no puede expropiar el 95% de las patentes) ya que implicaría una aplicación extraterritorial de sus decisiones, el único recurso que le queda es retirarle parcialmente la protección nacional otorgando una licencia obligatoria por falta de explotación o por utilidad pública. La creación de la institución de licencia compulsiva por utilidad pública se sustenta, precisamente, en la imposibilidad de expropiación. Paradójicamente, si se afecta un derecho de patente de un país con el cual México ha celebrado un tratado de libre comercio o un tratado bilateral de protección de inversiones, es muy probable que tenga que pagar la misma como si hubiera expropiado un bien extranjero, ya que en los mismos se dispone performativamente que una patente, un derecho intangible, es una inversión.

Además, no necesariamente se le otorga el derecho a quién primero inventó, en la mayoría de los regímenes jurídicos se otorga a quién primero presentó una solicitud

12 "El modo de adquisición a título originario .. no parece que pueda asimilarse a los modos tradicionales de adquisición, a título originario, de la propiedad de las cosas materiales, no pudiendo asimilarse, por eso, ni a la ocupación ni a la especificación .."
ASCARRELLI, Tulio. "Teoría de la Concurrencia y de los bienes inmateriales". Ed. Bosch. Barcelona, España, año 1970. Pág. 325..



Los atributos de la propiedad tradicional, derecho absoluto y exclusivo; la protección se adecua a las características intangibles, inmateriales, del bien y tiene como único fundamento la decisión del legislador

que reúna todos los requisitos que la norma determina; la difusión previa, si no es realizada por el mismo inventor, puede obstaculizar el patentamiento por un tercero pero no se considera importante que se pruebe que la invención fue anterior o posterior. Quien presenta primero una invención patentable a registro no puede ser invalidado por un tercero que demuestre que logró la misma invención con anterioridad pero que no la presentó a registro ni le dio ninguna publicidad.

Es por ello que estas teorías que intentan aplicar analógicamente la justificación de la legitimidad de la apropiación de los bienes materiales a los inmateriales y a renglón seguido sacan como conclusión que se les debe aplicar la misma protección, deben ser desechadas, o aceptadas exclusivamente como marco general explicativo de una denominación poco feliz: propiedad industrial y propiedad intelectual o derecho de autor. La justificación de la protección se debe buscar, quizás, en razones crematísticas y no de justicia; o en una combinación de ambas.

2 • Naturaleza económica de la propiedad industrial.

Las patentes y modelos de utilidad otorgan a los titulares el monopolio para la fabricación de un producto, el

monopolio en la utilización de un proceso para elaborar un producto, o sólo el monopolio de proceso cuando se relaciona con un producto ya conocido. La existencia o no de bienes sustitutos que satisfagan la misma necesidad otorgan mayor o menos importancia a la patente. Si se considera que este monopolio deriva de un derecho de propiedad genuino será más difícil al legislador establecer condicionamientos a su ejercicio; por el contrario, si se considera que el derecho monopolístico deriva del legislador será más sencillo prohibir al titular que abuse de su posición dominante en el mercado.

Pero desde la perspectiva económica lo importante es que las empresas invierten en el logro de nuevas tecnologías para lograr una ventaja competitiva que le permitirá una ganancia superior a la tasa de ganancia promedio; en los casos en que se carezca de bienes sustitutos, como suele ser el caso de los fármacos, las ganancias extraordinarias pueden llegar a ser sustanciales. El disfrute de esta mayor ganancia dependerá del tiempo que demore la competencia en equiparar la ventaja competitiva, mediante la obtención de la misma tecnología y mediante la elaboración de un bien sustituto a un precio similar. En ese momento se verificará la ley económica que indica una tendencia constante a la perecuación, igualación, de la tasa de ganancia.

Si la innovación tecnológica fuera patentada o registrada como modelo de utilidad, el titular gozará de la ventaja competitiva todo el tiempo que dure la patente, y la competencia sólo podrá eliminar esa ventaja obteniendo un bien sustituto o logrando un proceso diferente pero de efectos competitivos similares.

El progreso técnico da previamente a la empresa individual la chance molecular de aumentar la productividad del trabajo por encima de la media social, y realizar, por tanto, beneficios excepcionales (como se estudia en el primer volumen), pero, en cuanto el progreso en cuestión se socializa, esa posición inicial se pierde gradualmente y funciona la ley de la media social del trabajo, la cual baja los precios y los beneficios a través de la concurrencia: en este punto se tiene una caída de la tasa de beneficio, porque la composición orgánica del capital se manifiesta desfavorable. Los empresarios tienden a prolongar cuanto les es posible la chance inicial, incluso por la intervención legislativa: defensa de las patentes, de los secretos industriales, etc., intervención que, de todas maneras, tiene que ser limitada a algunos aspectos del progreso técnico, aunque sin duda tenga un peso nada despreciable.⁽¹³⁾

Una parte importante de la ganancia extraordinaria obtenida por la tecnología patentada es reinvertida en nuevas investigaciones, renovando el ciclo. En el caso de las grandes corporaciones esas utilidades se enviarán al país en que se realizan las investigaciones, generalmente aquel en que radica la matriz. Este proceso provoca que los consumidores de los países en los cuales existen sucursales de las grandes corporaciones financian las investigaciones de las mismas en el extranjero, en desmedro del desarrollo científico y tecnológico local.

Pero además del efecto negativo en el desarrollo científico y tecnológico local, se produce una inhibición a la inversión en el mercado en que se deberá competir con estas empresas productoras de tecnologías avanzadas, salvo que las mismas se realicen con un programa de mediano o largo plazo y cuenten con los estímulos suficientes.

Conforme a lo expuesto, el legislador deberá tener en cuenta que al determinar los plazos de las patentes y modelos de utilidad, así como al ampliar el espectro de las invenciones patentables o registrables, está incidiendo en el desarrollo científico tecnológico y empresarial del país, ya que del total de patentes que se otorgan, más del noventa por ciento corresponden a residentes en el

exterior. ¿Cuál es el motivo por el cual se debe pagar un precio tan elevado protegiendo a las patentes y a los modelos de utilidad? ¿Cuáles son los límites ideales y cuales los aceptables que se deben fijar a los privilegios que se otorgan a los inventores y a los autores? Desgraciadamente, no se cuentan con investigaciones profundas que orienten posibles propuestas en estos temas, y los comentarios que suelen realizar las autoridades son afirmaciones que intentan disuadir las dudas.

Es por ello que el legislador al sancionar leyes y ratificar tratados, como el ejecutivo al negociar éstos, deben tener claro que están estableciendo regulaciones en materia monopólica y por tanto deben limitar al máximo su ampliación. El mismo Hayek se refiere al tema en cuestión en estos términos:

"Respecto a la empresa, el primer punto que hay que subrayar es que el gobierno, más bien que combatir los monopolios, debe evitar sostenerlos...En efecto, si éste (el Estado) se abstuviera coherentemente de crear monopolios y sostenerlos a través de tarifas protectoras y con una legislación del tipo de la ley sobre patentes y de la ley de sociedades anónimas, es dudoso que hubiera tanto monopolio que justificara la exigencia de medidas especiales".⁽¹⁴⁾

2.1. El otorgamiento del derecho de exclusiva como estímulo al primer inventor

La peculiaridad del sistema de retribución a los innovadores intelectuales ha generado diversos problemas que ha debido abordar el derecho. En el mundo, y en un mismo país, es probable que más de un científico, o más de un equipo de investigadores, esté abordando la solución del mismo problema y desarrollando líneas de investigación similares para su solución (es fácil ejemplificar, hoy en día, con problemas como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida –SIDA o la contaminación marítima por derrame de petróleo). Los conocimientos básicos deben recorrer un largo camino para devenir en soluciones tecnológicas susceptibles de utilización industrial y, muchas veces (fármacos, fertilizantes) superar pruebas que le permitan demostrar que son inocuos para la salud humana o animal, que no producen efectos secundarios nocivos o que no afectan el medio ambiente.

13 GRAMSCI, Antonio. *Antología*. Ed. Siglo XXI, 2ª. Ed. México, D.F. 1974, págs. 445/6.

14 HAYEK, Friederich A. *Principios de un orden social liberal*. Unión Editorial. Madrid, España, 2001, págs. 48 y ss.

Es muy probable, en consecuencia, que más de un inventor pretenda y obtenga en un país derechos sobre una invención y que diversos inventores obtengan derechos sobre una invención en diversos países. Sin embargo, el derecho de exclusiva que se otorga al inventor obliga a individualizar a uno sólo y el principio aceptado por la mayoría de las legislaciones es premiar al primero que, cumpliendo con todos los requisitos establecidos, registra un nuevo conocimiento. Si nos limitáramos a los derechos nacionales, en cada país podría haber un titular diferente de la patente sobre un mismo invento; algunos de ellos probablemente hubieran llegado a la misma solución de un problema técnico por vías independientes, pero muchos deberían su título al plagio de inventos patentados en terceros países. La posibilidad de que sólo se reconozca como inventor el primero que "en el mundo" presente en una oficina de registro de patentes una solicitud para proteger un invento y que por tanto sea el único al que se otorgue el derecho de exclusiva requiere de un "mínimo de normas internacionales" que establezcan reglas comunes; pero además de acordar los criterios que permiten dilucidar quién es el inventor, se deberán establecer un mínimo de derechos y deberes que derivan del otorgamiento del título. Desde los inicios del sistema de patentes, se decidió que fuera el primer inventor, si bien en materia de procedimientos algunos países consideran como tal a quien pruebe que fue el primero en completar la invención y la mayoría a quien presenta la primera solicitud que reúna todos los requisitos establecidos por la norma.

Este sistema de premiar sólo al –primero ha sido severamente criticado por cuanto implica un perjuicio evidente a quienes lograron conocimientos científicos básicos no patentables que luego fueron utilizados por los inventores para lograr soluciones tecnológicas y, por otro, a quienes han desarrollado actividades de investigación largas y costosas y, por una diferencia de tiempo que puede ser muy pequeña, pierden toda posibilidad no sólo de obtener ganancias, sino tan siquiera de recuperar la inversión realizada. Por otra parte, contradice el argumento que intenta justificar el privilegio monopólico diciendo que mediante él se recupera la inversión que realizó la empresa en investigación; al premiarse sólo a quien arribe primero a la solución del problema técnico, no sólo se deja sin estímulo a quien realizó inversiones fuertes en investigación y llegó con retardo, sino que además se lo castiga prohibiéndole la utilización de los logros parciales que hubiera obtenido.

El fundamento de que las patentes estimulan las investigaciones ofrece un argumento contrario: si sólo se va a premiar al primero que obtenga una solución inventiva, carece de sentido que los países de menor desarrollo inviertan en investigaciones que ya han sido abordadas por países industrializados que, por el tamaño de sus instituciones y el gasto realizado, obtendrán primero los resultados exitosos. Además, es necesario tener en cuenta que «al darle al innovador un monopolio temporal de la innovación, se asegura que las innovaciones realmente se produzcan, pero también se evita que se utilicen óptimamente...por lo tanto...el sistema de patente puede incluirse entre aquellas "relaciones de producción" que inmovilizan "las fuerzas productivas..."⁽¹⁵⁾. Por otra parte, la manipulación de precios monopólicos que autoriza la ley margina a muchos consumidores del mercado, con el doble efecto en el caso de los fármacos por cuanto esa marginación produce por un lado efectos nocivos en la salud de las personas de menores ingresos y, por otro, disuadiendo la aplicación de la medicina preventiva deriva en mayores gastos en la medicina curativa que generalmente en países en desarrollo se realiza en hospitales públicos.

2.2. Efectos de premiar al primer inventor con el derecho de exclusividad

El premio al primer inventor otorgándole el derecho de exclusividad en la explotación, puede generar injusticias severas, como son la de prohibir a un tercero que haya logrado igual invento sin utilizar los avances e investigaciones de quien llegó primero, e inclusive aprovechando el que llegó primero conocimientos aportados por quien llega a la patente más tarde. Este último caso es quizás el que resulta más difícil de justificar. Por ejemplo, un investigador "A" descubre un virus muy dañino para la salud humana y publica su investigación, este primer resultado no puede ser patentado ya que se trata de una investigación básica, un descubrimiento; continúa su trabajo en busca de una vacuna; pero otro investigador "B", apoyado financieramente por un laboratorio poderoso, logra antes la vacuna, partiendo también del descubrimiento de "A", la patenta y excluye a

15 ELSTER, Jon. El cambio tecnológico, investigaciones sobre la racionalidad y la transformación social. Ed. Gedisa, Barcelona (España) 1990. pág. 99.

"A" que presenta su solicitud de patente con posterioridad. Esta injusticia, que diferencia el derecho de exclusividad de la propiedad bienes materiales de la exclusividad en la propiedad sobre bienes intangibles, tiene varios justificativos, el más importante es quizás que resulta difícil de regular el otorgamiento de exclusividades compartidas, otro de tipo procedimental, la dificultad para probar si hubo plagio, sustracción de conocimientos secretos. Pero estas son explicaciones no justificaciones del acto injusto y se desprenden en definitiva de la conveniencia de otorgar una retribución suficientemente atractiva como para estimular la búsqueda de las invenciones patentables. Al aplicar la ley, por otra parte, se estimularán las actividades inventivas, pero a costa de ventas de productos muy por encima de su costo de producción (precio de monopolio) y se disuadirá a otros investigadores a que sigan investigando pues, como se expusiera supra, no podría explotar las mejoras si no obtiene un título o patente satisfactorio. Deberá el legislador evaluar si la injusticia y los perjuicios se justifican por el resultado positivo del estímulo.

Ahora bien, esta decisión del legislador tendrá mayores o menores efectos según se regule el alcance y la duración de las patentes. En el primer caso, la decisión legal de otorgar protección a inventos similares o a nuevas reivindicaciones no sustanciales, aminoraría los efectos nocivos de la exclusividad, pero también implicaría una gran laxitud en el otorgamiento de las patentes; por ambas laxitudes ha sido señalada la administración de patentes en EUA y aprovechando esta tendencia, por otra parte, múltiples empresas, en especial laboratorios farmacéuticos, añaden nuevas reivindicaciones superfluas a sus fármacos con patente para prolongar la vida de estas y poder seguir haciendo uso del privilegio monopólico. En lo que hace al plazo, este debería ser lo más cercano posible al que se demorará en superar el invento patentado, lo cual es muy variable en cada área tecnológica y la presión de las grandes corporaciones ha sido a ampliarla, hasta llegar a los 20 años en el Acuerdo ADPIC de la OMC y a 50 años para los derechos de autor que incluyen la protección de los programas de cómputo (setenta y cinco años en la legislación mexicana).⁽¹⁶⁾

En razón de las críticas expuestas, resalta la necesidad de fundamentar por que en momentos en que más se critica cualquier tipo de norma que altere la denominada justicia natural, la producción y el comercio libre y la determinación de la economía, de la producción y los precios, por el mercado, se tienen que realizar estos reajustes a la justicia natural, y considero que hasta ahora no se ha dado una respuesta acabada y consistente a este cuestionamiento.

La lógica económica indica que en el derecho interno se intentará proteger la propiedad industrial de manera tal que el beneficio de las corporaciones internacionales sea igual o menor que los beneficios brindados a empresas e inventores nacionales, lo cual no necesariamente se ha demostrado.

2.3. Eficiencia de los estímulos

Si los argumentos económicos sustanciales son el aliciente para inventar, la difusión de las invenciones (que si no fueran protegidas serían guardadas en secreto por los inventores), y la explotación de las invenciones por las empresas, se deberían buscar indicadores que apoyen la acción legislativa y la orienten en las opciones dejadas por los tratados internacionales; estos mismos indicadores serían de utilidad para guiar las posiciones y propuestas en las negociaciones internacionales cada vez más detallistas en lo que respecta a las imposiciones de legislación interna que se aplica a los países partes⁽¹⁷⁾. Estos no se han elaborado en el nivel nacional, sin embargo se puede proponer como hipótesis de trabajo que a partir de las reformas de la ley en los años 1991 y 1994, y de la adhesión de México al Tratado de Protección de las Patentes, aumentaría el número de solicitudes de patentes presentadas por inventores o empresas mexicanas y que este aumento sería mayor que las presentadas por empresas o personas individuales residentes en el extranjero; y que igual resultado se verificaría en lo que hace a patentes otorgadas.

Esto por cuanto:

1. A partir de las reformas de 1987, 1991 y 1994 se autorizó el patentamiento de procesos y productos farmacéuticos, autorizando el patentamiento de los que todavía tuvieran vigencia, lo que en parte

16 COOTER, Robert Thomas ULEN. Derecho y Economía. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1998; págs. 169 y ss.

17 PEN'ROSE, Edith t. La economía del sistema internacional de patentes. Ed. Siglo xxi; México D.F. 1974, págs. 31 y ss.

explica el incremento de las patentes a partir del 87 y más a partir del 91.

2. Se eliminaron todas las restricciones y prohibiciones de patentar relacionadas con el desarrollo económico y la seguridad.
3. Se amplió en campo del patentamiento de organismos vivos.
4. Se amplió el tiempo de vigencia de las patentes de 14 a 20 años.

Aparentemente, no ha sido así:

En el año 1995 se presentaron 5,393 solicitudes de patente ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, de ellas 432, el 8%, correspondieron a nacionales mexicanos; en el año 2002 las solicitudes se habían incrementado sustancialmente, más del cien por ciento. De las 13,062 presentadas, 526 correspondieron a mexicanos, descendiendo su participación al 4.02%; por el contrario, la participación norteamericana fue de 3139 solicitudes en 1995 (58.2%) y de 6 676 (51.1%) en el año 2002, y los nacionales alemanes solicitaron 513 (9.5%) solicitudes en 1995 y 1289 (9.9%) en 2002.

Por el contrario, un estímulo que ha demostrado su repercusión positiva y eficiencia directa en lo que hace a las patentes, basado en el gasto público en educación superior, en especial posgrados, becas para la formación de investigadores en el país y en el exterior e inversión directa en proyectos de investigación en el país, ha disminuido sensiblemente, lo que se puede verificar en la información gubernamental. Podemos decir sin temor a equivocarnos que la propuesta técnica (del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología) y política (de gobiernos y partidos políticos) desde el primer plan de Ciencia y Tecnología publicado en 1976 ha sido llegar a un gasto en investigación y desarrollo experimental que represente al menos el 1% del Producto Interno Bruto, y el mismo sigue por debajo del 0.4%.

Esta pérdida de participación de las patentes nacionales respecto a las extranjeras debe relacionarse además con el aumento del plazo por el cual se otorga una patente, «que indica que México deberá pagar regalías durante plazos más largos por un número de patentes cada vez más elevado. Pero el efecto negativo de los pagos de regalías al exterior no es el más importante, sin duda, lo es la posibilidad de los titulares de las patentes, mayoritariamente corporaciones transnacionales, como se expuso, para poder percibir precios monopólicos. Quizás el efecto más grave se verifique en el ámbito farmacéutico,

en el cual es evidente el abuso de la exclusividad monopólica en la manipulación de los precios, que a veces decuplican el costo de producción, lo cual se puede comprobar al comparar los precios de los remedios al término de la vigencia de las patentes.

2.4. Barreras al ingreso al mercado.

Los volúmenes de inversión necesarios en ciertas áreas de la producción (fabricación o ensamble de vehículos, producción de acero) y las patentes han sido tradicionalmente las barreras más importantes que disuaden respecto a los competidores que podrían ingresar a sectores que ofrecen réditos elevados; quizás el más directo en su impacto sean los derechos de propiedad intelectual, cuya importancia ha crecido significativamente en los últimos años, a medida que iban venciendo los plazos para que los países se vieran obligados a legislar conforme a las disposiciones del Acuerdo sobre Aspectos de la propiedad intelectual vinculados al comercio (ADPIC).

La ampliación de la protección se verificó en múltiples aspectos, de los cuales citaremos los más relevantes: a) ampliación del plazo de las patentes, que se homogeneizó a nivel internacional en veinte años; b) se amplió el campo de los inventos patentables, incorporando los organismos vivos, especialmente las plantas, los fármacos, los programas de cómputo y las bases de datos, los microcircuitos y las topografías de semiconductores, las señales de satélite; c) se estableció como principio general que los derechos de propiedad intelectual eran una inversión, logrando protección especial para ellos; d) el Tratado para la Protección de las Patentes, ha facilitado la utilización de la propiedad intelectual para bloquear temporalmente un mercado sin necesidad de realizar los trámites engorrosos del patentamiento. Esta modificación ampliando significativamente el campo de la patente ha implicado, por lógica consecuencia, excluir nuevas actividades del mercado libre de mercancías y servicios: todos los bienes y servicios protegidos por derechos de propiedad intelectual e industrial se venden a precios monopólicos y son excluidos del denominado mercado libre.

En los Estados Unidos de América se otorgaron cerca de 184,000 patentes en 2001, más de dos veces y media de las otorgadas en 1980, pero el incremento no es atribuible a mayores logros inventivos, según las mismas fuentes norteamericanas (Oficina de Patentes y Marcas



La importancia de las patentes es muy clara en mercados importantes como el farmacéutico, en el cual las ganancias y pérdidas por miles de millones de dólares pueden derivar de haber logrado nuevos fármacos patentados

Registradas de Estados Unidos) sino a los factores de ampliación citados, además de una mayor laxitud en la evaluación de los niveles inventivos y en la aceptación de ampliación de los plazos máximos por los que fueron otorgados con base en nuevas reivindicaciones de las mismas invenciones, en especial en el área de fármacos.

⁽¹⁸⁾ La importancia de las patentes es muy clara en mercados importantes como el farmacéutico, en el cual las ganancias y pérdidas por miles de millones de dólares pueden derivar de haber logrado nuevos fármacos patentados o de ver como vencen las patentes de ellos sin haberlos podido sustituir por nuevos productos protegidos. El éxito en la obtención de nuevos productos patentados permitió a la empresa Amgen adquirir Inmunes, una compañía biotecnológica con importantes productos patentados, con ingresos anuales de 5,000 millones de dólares y ganancias de 1,500 millones (una tasa de ganancia muy elevada respecto a las ventas, pero habitual en el sector precisamente por la venta a precios de

monopolio). Amgen ya había adquirido la compañía Kinetix Pharmaceuticals en 170 millones de dólares. Luego de estas adquisiciones elevará su valor de mercado a 80,000 millones de dólares. Mientras se espera que Merck tenga un crecimiento cero en el año 2002, precisamente por que no ha podido reemplazar los fármacos cuyas patentes se han vencido, Pfizer registrará en el mismo año un crecimiento del 20% y mínimo del 15% más al año siguiente; pero en las utilidades su incremento fue del 28%. Ha sido Pfizer, precisamente, una de las empresas que realizó las por fusión más importantes de los últimos años: primero Warner-Lambert (año 2000) en 115 mil millones de dólares y luego Pharmacia (año 2002) por sesenta mil millones de dólares, que redundará en 48 000 millones de dólares anuales en ventas y una inversión en investigación y desarrollo anual de 7 000 millones. En la mayoría de los casos, las adquisiciones o fusiones en el área de farmacia son atribuibles a la búsqueda de fármacos estrellas con patentes vigentes y ventas garantizadas. Precisamente, Pfizer ha podido consolidarse en el mercado y adquirir capacidad de compra de otras empresas gracias a la comercialización de Viagra (para casos de disfuncionalidad sexual) y de Geodon (para combatir la esquizofrenia). Por los mismos

18 STIX, Gary. Marca registrada: derechos y reverses de la propiedad intelectual. La excesiva protección de las patentes, los derechos de autor y los obstáculos a la competencia. Revista Scientific American Latinoamérica. Año I, n° 2, junio 2002; pág. 31.

motivos a inicios de 2004 se está verificando el intento de SanofiSynthelabo SA de comprar mediante una oferta hostil de \$57,440 millones de dólares, a la empresa Aventis, la cual ha buscado financiamiento bancario especial y ha recurrido a una posible fusión amistosa con Novartis para defenderse. En este caso, Sanofi es una empresa menor que Aventis, pero tiene mejores expectativas de desarrollar nuevos fármacos patentables, lo cual la posesiona mejor en el mercado.

Igual efecto en la concentración se ha verificado en el mercado de programas de cómputo, en el cual es evidente que el derecho de propiedad intelectual ha incidido sustancialmente para que se incorporen a él nuevos competidores; también allí los pocos competidores potenciales, con innovaciones interesantes registrados, han sido eliminados por las grandes empresas o, en su defecto, adquiridos mediante fusiones.

El Departamento de Justicia de Estados Unidos de América (EUA) y la Comisión Federal de Comercio (EUA) han comenzado a dudar sobre los efectos beneficiosos del régimen de propiedad intelectual e iniciaron audiencias para investigar en profundidad sobre las conveniencias del actual sistema; también se está cuestionando seriamente las denominadas patentes "submarinos", que mediante la petición de ampliación de reivindicaciones o mejoras no importantes, a veces inexistentes, logran prolongar durante más del doble el plazo de vigencia de la patente⁽¹⁹⁾. Un segundo paso en esta estrategia de prolongar la vida de las patentes será intentar su traslado a tratados internacionales como el Acuerdo ADPIC (Organización Mundial del Comercio) o, en el ámbito regional, el Acuerdo de Libre Comercio para América, para lograr su generalización obligatoria y la incorporación a las legislaciones nacionales; de lo contrario, se pueden presentar en algunos casos problemas de competitividad para los mismos empresarios norteamericano. En cierta medida sucedió con las patentes que detentaba Monsanto sobre la soya transgénica resistente a los herbicidas, es decir, al herbicida glifosato Roundup Ready; se trataba de una doble ganancia extraordinaria, al comercializar semillas protegidas que sólo brindaban una ganancia especial si se aplicaba un herbicida especial que también sólo podía ser producido y comercializado por la misma empresa. La patente sobre el herbicida databa de 1974,

era anterior al patentamiento de la soya, por lo cual estaba vencida cuando la siembra de ésta se generalizó fuera de los EUA. Monsanto logró que la misma se extendiera hasta el año 2000 en Norteamérica, pero no en países competidores como Argentina y Brasil; en estos mercados la competencia pudo vender el mismo tipo de glifosato más barato, lo subvencionada soya norteamericana. Sin embargo, el mercado de glifosato no es aún plenamente libre, ya que la corporación transnacional Monsanto insiste en presionar de diversa manera la exclusión de la competencia con base en argumentaciones supuestamente legales o en la presión que le permite ejercer el control de las semillas. Esta presión es muy efectiva en un país como Argentina, que ha llegado a exportar 3,000 millones de dólares de soja, el 80 % de ella transgénica.⁽²⁰⁾

Es posible que se reabra el debate sobre una de las últimas instituciones que impulsan legalmente la concentración de capitales y la fijación de precios monopólicos; en especial cuando, producto de la globalización y de la crisis del estado de bienestar, ya se han eliminado gran parte de los monopolios estatales en el mundo industrializado y en las economías emergentes. Sin embargo, pesará en contra de cualquier afectación a las políticas de las corporaciones el beneficio que aportan las mismas a la economía estadounidense, en el año 1996 EUA ingresó más de 30 mil millones de dólares en réditos derivados de la propiedad intelectual, y esto por el sólo concepto de regalías, ya que es casi imposible calcular los beneficios ingresados por concepto de ganancias extraordinarias derivadas de la aplicación de precios monopólicos, así como el valor exacto de las regalías ingresadas ya que más del 70% derivó de transacciones intrafirmas adecuables a conveniencias fiscales o políticas⁽²¹⁾. Estas cifras son anteriores a la repercusión plena de los incrementos derivados del traslado a la legislación nacional del Acuerdo ADPIC (TRIP s) a los países miembros de la OMC.

20 TAMBORINI, Ezequiel. Biotecnología: la otra guerra. Fondo de ..Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, págs. 9 y ss.

21 Ver una ampliación de las argumentaciones crematísticas en SHIVA, Vandana. ¿Proteger o expropiar? Los derechos de propiedad intelectual. Colección Libros de Encuentro. Ed. Interpon Oxfam. Barcelona, España, 2003.

Bibliografía

- ARNSPERGER, Christian 1 Philippe van parijs. *Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa*. Editorial Paidós. Barcelona, España, año 2002.
- ASCARELLJ, Tulio. *Teoría de la Concurrencia y de los bienes inmateriales*. Ed. Bosch. Barcelona, España, año 1970, pág.. 325.
- CARNELUTTI, Francesco. *Usucapión de la Propiedad Industrial*, Ed. Porrúa, México, 1945.
- COOTER, Robert Thomas ULEN. *Derecho y Economía*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1998; págs. 169 y ss.
- CORREA, Carlos M. Y Salvador D. Bergel. *Patentes y Competencia*. Ed. Rubinzal y Culzoni. Santa Fe, Argentina, 1996.
- DIDEROT, Denis-D'ALAMBERT, Jean. *Encyclopedie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers (1771-1765)*.
- ELSTER, Jon. *El cambio tecnológico, investigaciones sobre la racionalidad y la transformación social*. Ed. Gedisa, Barcelona (España) 1990.
- GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia de de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Ed. Paidós. Barcelona, España, 1999.
- GRAMSCI, Antonio. *Antología*. Ed. Siglo XXI, 2ª. Ed. México, D.F. 1974.
- HAYEK, Friederich A. *Principios de un orden social liberal*. Unión Editorial. Madrid, España, 2001.
- LOCKE, John. *Dos ensayos sobre gobierno civil*. Ed. Espasa Calpe, Madrid, España, 1997.
- MARX, Karl. *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857/1858*. Ed. Siglo XXI, México 1977.
- NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1988.
- PENROSE, Edith t. *La economía del sistema internacional de patentes*. Ed. Siglo XXI; México D.F. 1974.
- RIPERT, George y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965.
- SHIVA, Vandana. *¿Proteger o expropiar? Los derechos de propiedad intelectual*. Colección Libros de Encuentro. Ed. Interpon Oxfam. Barcelona, España, 2003.
- STIX, Gary. *Marca registrada: derechos y reverses de la propiedad intelectual. La excesiva protección de las patentes, los derechos de autor y los obstáculos a la competencia*. Revista Scientific American Latinoamérica. Año I, n° 2, junio 2002.
- TAMBORINI, Ezequiel. *Biotecnología: la otra guerra*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina.