Federacion Interamericana De Abogados
XXXII Conferencia Internacional
12 al 17 de Noviembre De 1995
Quito, Ecuador

DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: REFLEXIONES SOBRE SU NATURALEZA E IMPORTANCIA

La defensa de la propiedad intelectual hoy día
es la nueva frontera como antes la eran los derechos humanos.

1. Introdución

Quisiera hablarles hoy un poco de mis creencias, mis percepciones sobre propiedad intelectual y su naturaleza e importancia. Mi charla va a enfocarse hacia las patentes pero los puntos y principios enunciados tienen igual relevancia, mutatis mutandis, en los demás facetas de propiedad intelectual.

A propósito, en mi charla voy a utilisar la expresión "propiedad intelectual" en el sentido genérico que internacionalmente se ha venido dando a este término. Es decir, tal denominación implica tanto la "Propiedad Industrial" como patentes de invención, secretos industriales, marcas comerciales, modelos de utilidad, diseños industriales, entre otras, como todo lo relacionado con los derechos de autor y derechos conexos.

Como es bien sabido, la patente de invención nació como institución legal en la República de Venecia en 1474, de modo que el sistema de patentes ha tenido una evolución de más de 500 años. Este concepto de la proteccion legal de los inventos fue adoptado en el siglo XVI por el gobierno inglés.

Pero en las décadas siguientes los monarcas ingleses introdujeron abusos en el uso de este derecho, es decir, concedían éste derecho como sinecura y monopolio a sus parientes y favoritos. Tales abusos provocaron la indignación del público obligando al Parlamento a dictar en 1673 la Ley de Monopolios, en la que se basan las actuales leyes de patentes de la Gran Bretaña y los EE.UU. En esa ley se reconoció por primera vez el principio de que sólo el "primer y efectivo" inventor tiene el derecho a que se le otorgue una patente.

La primera ley de patentes de los E.E. UU. fue firmada por George Washington en 1790, a raíz de lo cual comentó Thomas Jefferson que "La ley que autoriza la concesión de patentes ha dado al espiritú de invención el mayor impulso que se pueda imaginar."

Otros países, hoy desarrollados e industrializados, como Francia, Holanda, Noruega, Suecia, Japón todos decretaron protección de patente en los años 1880. Alemania siguió en 1903 y Canadá en 1925. Es obvio que en cada caso la protección de patente precedió el desarrollo industrial moderno.

En otros términos, las naciones industrializadas líderes, Estados Unidos, Japón, Alemania, Inglaterra y Francia introdujeron la protección de patentes en una época en que todos ellos eran países "subdesarrolados".

2. Un sistema de propiedad intelectual debe ser parte de la infraestructura.

Ahora bien, ¿debe ser un sistema de propiedad intelectual parte de la infraestructura de un país desde un principio, como en los países citados, más bien que algo en lo que uno deba pensar después de alcanzar un cierto grado de desarrollo?

Si, por supuesto, debe ser parte de la infraestructura, concluyó el Dr. Robert Sherwood (Consejero en Negocios Internacionales en Washington) en su reciente libro "Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico" (Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1992).

> "Aunque básicamente invisible, se puede afirmar que un sistema de propiedad intelectual que proteja la innovación y la expresión creativa es una condición previa para la creación y el empleo de nueva tecnología, que a su vez empuja el crecimiento económico y presta ayuda para el desarrollo. Desde este punto de vista, un sistema de protección de la propiedad intelectual puede ser visto como una parte valiosa de la infraestructura de un país.

También dice:

> El concepto de infraestructura ha resultado útil para examinar el desarrollo económico. Los caminos, la irrigación, las escuelas, la atención sanitaria y los sistemas eléctricos como también los medios de transportación y de comunicación figuran entre las condiciones previas consideradas beneficiosas para el desarrollo. En consonancia, se la asigna prioridad a la creación de infraestructura (p.18)."

Además, añadió Sherwood:

> "... la visualización de la protección de la propiedad intelectual como un aspecto importante de la infraestructura de un país, dirigiría la atención y el análisis hacia su papel en el proceso de desarrollo económico antes que hacia los conflictos comerciales (p.18)."

¡Qué nueva revelación! ¡Qué pura verdad!

3. No hay alternativas viables.

Sistemas de patentes fuertes y modernos, siguiendo el modelo de la Unión Europea tienen interés para todas las naciones, incluidas las más pequeñas y también las menos desarrolladas. Por esta razón, tales sistemas están siendo adoptados universalmente.

Las nuevas legislaciones de países asiáticos como Indonesia, Malasia, Tailandia e incluso Vietnam, también siguen el patrón del sistema europeo, y por eso son leyes muy modernas con protección para productos y processos de toda especie.

También, Hungría, Polonia, la CEI (Comunidad de Estados Independientes), la República Checa, y los demás países de Europa oriental, han venido reconociendo la propiedad intelectual de todos los productos y processos. En definitiva, pues, la mayoría de los países de Europa oriental avanzan ahora en bloque hacia la patentabilidad de los productos químicos, farmacéuticos y biotecnológicos y éstos son los países que van a ser competidores de los países Latinoamericanos.

En ese sentido cabe señalar que los países mencionados de Asia y de Europa han establecido o

fortalecido sus sistemas de propiedad intelectual antes de la era del GATT-TRIPS (GATT-ADPIC — Accuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio) y sin prestar atención a presiones de afuera. Porqué? Porque se habían dado cuenta de que sistemas de propiedad intelectual van en apoyo de sus propios intereses y redundan en sus propios beneficios.

Por ejemplo, un alto funcionario del Gobierno de Indonesia, decía lo siguiente en un seminario al que yo asistí en Jakarta hace unos años, cuando tuve la oportunidad de actuar como consultor para el Departamento de Justicia de Indonesia, en concreto para la Oficina de Patentes, Marcas y Derechos de Autor, con el propósito de ayudarles en la implementación de un sistema de patentes, basándose en su primera ley de patentes, que entró en vigor en 1991:

> Especialmente hoy día, no puede ignorarse el rol que la propiedad intelectual juega en el mercado internacional, que cada vez es más importante.
>
> El futuro desarrollo económico del país se enfocará cada vez más hacia el sector industrial, especialmente el orientado a las exportaciones, el cual obviamente necesitará acceso a mercados internacionales. Este acceso sólo se producirá si participamos en mutuos acuerdos en el sector de la propiedad intelectual, mediante el ejercicio de una eficiente, suficiente y recíproca protección legal.
>
> .....
>
> La situación actual ha hecho que se valore y dé más importancia a la propiedad intelectual, lo que proporciona un escenario muy distinto al de los años cincuenta, sesenta o incluso setenta".

En mi opinión, estas afirmaciones — y afirmaciones similares que yo oía en Corea y Malasia en recientes viajes allí — son muy positivas, modernas y a la vez sorprendentes, dado que hasta 1991 no hubo ningún sistema de patentes en Indonesia. Además, estas afirmaciones tienen mucha relevancia en los países Latinoamericanos porque hay bastante paralelismo entre ellos e Indonesia.

Ciertamente, nos encontramos en los años noventa y no en los sesenta o setenta, y hoy día vivimos todos en un mundo que se hace cada día más pequeño y más interdependiente, o sea, vivimos en una "aldea global" (en inglés, "a global village").

En México, como también en otros países Latinoamericanos, ya se ha permitido desde hace poco conceder patentes de invención para casi todos los productos y procesos.

Como vemos, por todos lados se están modificando y modernizando los sistemas de patentes, con objeto de establecer una protección fuerte y efectiva para todos los productos y procesos inventivos. Y una efectiva protección de patentes ha de redundar en el beneficio de los países que desean liberalizar su economía y de ese modo hacerla competitiva en el mercado mundial. Y sin duda alguna, el reciente Acuerdo GATT-TRIPS va a acelerar estas tendencias.

Por otro lado, no se conocen países donde se haya abolido el sistema de patentes, aunque los profesores Melman y Machlup, economistas famosos en los años cincuenta, despúes de revisar el sistema de patentes en un estudio encargado por el Congreso de los EE.UU., llegaron a las siguientes sorprendentes conclusiones: "Si no tuviésemos un sistema de patentes, sería irresponsable, sobre la base de nuestros conocimientos actuales y de sus consecuencias económicas, recomendar su implantación."

Pero el sistema de patentes ha sobrevivido a los profesores Melman y Machlup y a otros críticos

de mentalidad similar. Hoy día no existen críticas al sistema de patentes, y conclusiones tales como las de los Profesores Melman y Machlup parecen chistes malos. Los profesores Mansfield y Scherer, conocidos economistas actuales, nunca dirían tales cosas.

Para Mansfield, el sistema de patentes es un instrumento de suma importancia en lo que al desarrollo tecnológico se refiere, porque entiende que la inversión en investigación y desarrollo depende siempre del grado de protección de la propiedad intelectual. Mansfield concluye que dada la íntima relación existente entre la innovación industrial y el crecimiento económico, una adecuada protección de la propiedad intelectual es indispensable, tanto para países industrializados como para aquellos que están en vías de desarrollo.

Una y otra vez se han presentado estudios y propuestas sobre alternativas a las patentes, como por ejemplo, sistemas de incentivos económicos a los inventores sin concesión de un derecho exclusivo; pero el sistema de patentes ha sobrevivido a estas y otras propuestas, porque el tiempo ha demostrado, en última instancia, que es la mejor y más viable alternativa.

Por exemplo, el Profesor español Carlos Fernández-Novoa, de Santiago de Compostela, en su libro "Hacia un Nuevo Sistema de Patentes", ha estudiado otros sistemas alternativos, particularmente un sistema gubernamental de premios monetarios, y los ha rechazado. Textualmente dice que: "El sistema de patentes es el único sistema de incentivar la investigación tecnológica que es conciliable con el sistema de economía de mercado". Estoy de acuerdo al cien por cien.

Creo que hoy día está fuera de discusión que un sistema fuerte de propiedad intelectual es indispensable para el desarrollo tecnológico, el cual estimula el crecimiento económico y el bienestar social.

4. Un sistema de patentes redunda en el beneficio de los nacionales.

Pues bien, no es corecto, tampoco, creer que el fortalecimiento de las patentes equivale a conceder monopolios a las empresas extranjeras. Un sistema de patentes, como les decía antes, redunda en primer lugar en el beneficio de los nacionales. Hay ingenio y capacidad inventiva por todos lados. Pero donde se desconoce el talento y la inventiva nacional los inventores y los científicos tienen que ir al exterior para poder proteger adecuadamente sus inventos; asi se produce la denominada fuga de cerebros.

Hace dos años, en un seminario organizado por INDECOPI al que asistí en Lima, se me acercó una pareja para contarme que el esposo había realizado ciertas mejoras importantes en los automóviles. Me dijeron que querían ir a Miami para recurrir a un abogado de patentes norteamericano y patentar su invención en los Estados Unidos, porque no tenía sentido tratar de patentar algo en Perú. Todo esto es muy interesante pero a la vez muy lamentable.

Justamente, el problema que se presenta en los países sin un sistema de patentes sólido, es que no existe ninguno de los incentivos que proporcionan tales sistemas y, en consecuencia, resultan perjudicados el desarrollo tecnológico y el crecimiento económico. Precisamente, hay cuatro incentivos que proprociona un sistema de patentes, a saber: inventar, divulgar invenciones, mejorar invenciones anteriores e invertir en la comercialización de inventos y es interesante subrayar que el incentivo para invertir es el más importante.

Es conveniente también citar a Sherwood al respecto (p.191):

> Si la gente parece más inventiva en los Estados Unidos o Europa o Japón, ello no es un accidente. No es debido a los genes, a la educación, a la inteligencia o al

destino. La implementación de un sistema de propiedad intelectual es crítica en razón del hábito mental que se promueve en la población. La ingenuidad y la creatividad humana no están dispersas desparejamente a través del orbe. Tales talentos están presentes en todo país. En algunos, desafortunadamente, falta la infraestructura posibilitadora de la protección efectiva de la propiedad intelectual.

Cabe destacar que el hecho de que la mayoría de las patentes se las otorga a extranjeros aquí y los demás países en desarrollo, no prueba en absoluto que el sistema de patentes sirve solamente para los extranjeros. La verdad es que en todos los países industrializados pasa lo mismo, siendo la única excepción Japón. En los EE.UU. casi la mitad de las patentes otorgadas pertenecen a extranjeros también.

5. Las patentes no constituyen monopolios.

Pues bien, quisiera pasar a otro punto clave. Hay una noción que sería preciso echar a un lado cuanto antes, a saber, que las patentes constituyen monopolios. Es un concepto erróneo y este error de concepto ha provocado importantes prejuicios. Una patente de invención como tal nunca y de ninguna manera puede ser un monopolio. El pensamiento predominante hoy día — y el código de patentes estadounidense así lo califica — es que una patente de invención es una propiedad — una propiedad como una casa o un auto o una acción — y no es un privilegio, un monopolio otorgado por el gobierno.

Los conceptos de patente y monopolio deben ser distinguidos claramente. Mientras en el monopolio algo se sustrae del dominio público, una invención se entrega al dominio público aunque durante un determinado plazo el inventor tenga derechos exclusivos sobre su creación. Es decir, un monopolio es algo del dominio público que el gobierno sustrae a la colectividad y concede a una persona o a una empresa. Un invento es algo que no existía antes y no era del dominio público. Es algo nuevo, novedoso, que al publicar la concesión de la patente enriquece el dominio público con el conocimiento del invento, y al terminar el plazo de vida legal de la patente, el invento entra en el dominio público y podrá ser utilizado por cualquiera. También hay que tener en cuenta que la patente no otorga en absoluto un derecho positivo, es decir, el derecho para producir, vender y/o usar el invento protegido mediante la patente, sino nada más que un derecho negativo, o sea, el derecho para prevenir que otros produzcan, vendan y/o usen dicho invento. Además, siempre hay otros próductos competitivos, otras alternativas anteriores o posteriores.

No me cabe en la cabeza que uno puede emplear la palabra “propiedad” — propiedad industrial, propiedad intelectual — sin admitir, sin aceptar que es propiedad en verdad. No tiene sentido hablar de “propiedad” si no es propiedad sino monopolio o privilegio.

Por lo tanto, la patente no sólo está lejos del monopolio, sino que por el contrario fomenta y promueve la competitividad y, en consecuencia, el desarrollo de las empresas, lo que significa en forma más global, el progreso tecnológico del país donde están situadas. Y esto lo comprobamos todos los días.

En este sentido, los profesores Daniel A. Zuccherino y Carlos O. Mitelman de Buenos Aires, decían lo siguiente en un muy reciente artículo, titulado “Una Sólida Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual Como Herramienta de Desarollo Económico” (6 Derechos Intelectuales, 79, 97, 98, 99, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994)

> “Sostenemos con absoluta convicción que no existen razones para calificar de ‘monopolio’ la naturaleza de los derechos del inventor.

.....

Es cierto que la patente asegura a su poseedor una posición ventajosa, pero el tenedor de la patente está constantemente expuesto a ser superado por los competidores. Precisamente la patente estimula a los competidores a la búsqueda de nuevos caminos.

No cabe sino concluir entonces... que la patente de invención es un derecho de propiedad. La propiedad es un derecho y nada más justo que la propiedad de quien crea.

.....

Cuando mayor es el ritmo de las innovaciones, mayor es la dinámica competitiva. La competencia inducida por la patente de invención es la que permite ampliar la pluralidad de alternativas".

6. Correlación de las inversiones y la propiedad intelectual.

Ahora bien, hablemos un poco sobre la correlación de las inversiones y la propiedad intelectual. Robert Sherwood, anteriormente mencionado, publicará dentro de poco un artículo en el cual evalua y clasifica los regímenes nacionales de propiedad intelectual de diferentes países así como al GATT-TRIPS utilizando una escala de 0 a 100. Este estudio fue realizado desde una perspectiva inversionista. Algunos de los resultados obtenidos son los siguientes y esto se puede apreciar del cuadro anexo: Guatemala obtiene 15; Argentina y Brasil 40; Costa Rica 47; TRIPS 55; México 65, etc. El GATT-TRIPS no obtiene una calificación alta. Por que? Porque es un sistema solamente de estandares mínimos no optimos; en otras palabras, es un piso y no un techo. TRIPS solamente reduce los conflictos en el comercio sin considerar la estimulación a las inversiones. Más adelante Sherwood cita la correlación hecha por Edwin Mansfield en su último reporte del Banco Mundial en el sentido de que el nivel de protección que ofrece TRIPS es suficiente sólo para el apoyo a la inversión nacional e internacional privada en ventas y distribución, ensamblaje y manufactura de repuestos. Un nivel más alto se hace necesario para estimular tal inversión en manufactura más sofisticada así como en desarrollo de productos sofisticados e investigación.

La conclusión del estudio del Professor Mansfield, efectuado sobre 100 firmas norteamericanas grandes, es que la protección de la propiedad intelectual tiene un efecto esencial en las decisiones de inversiones externas. Para inversiones en producción rudimentaria o comercialización con tecnología simple, solo el 20% de las respuestas señalaron que la protección de propiedad intelectual era importante. Si se trata de inversiones en plantas o para la manufactura de componentes, el porcentaje de respuestas afirmativas aumentó del 50 al 60%, pero para inversiones directas en investigación y desarrollo, el 80% de las respuestas indicaron la importancia de la protección de propiedad intelectual Si se trataba de investigación y desarrollo en química-farmacéutica, el 100% indicó su fuerte efecto en la toma de deciones de inversión.

7. ¿Debe ser libre la tecnología?

Ahora quisiera puntualizar un poco sobre otros temas interesantes e importantes. En oposición a lo que acabo de decir, todavía existe toda una línea de pensamiento que afirma que la tecnología es la "herencia común de la raza humana", es decir, que toda la tecnología debe ser libre y sin trabas. Pero si la tecnología debe ser regalada, ¿por qué no el petróleo y el oro? Esta observación la proporcionó uno de mis estudiantes, nada menos que el Director de Patentes y Marcas de Zimbabwe, el Sr. Naboth Mvere, al comentar que "algunos países tienen petróleo, otros tienen oro y algunos países tecnología; y los países que tienen petróleo y oro tampoco lo regalan". ¡Bien pensado, bien dicho!

¿Y, a propósito, no es verdad que algunos de los países Latino-americanos tienen un "petroleo verde" en la tierra, es decir, el germoplasma y la biodiversidad que abundan en estas regiones?

8. Cuanto mayor sea el interés publico mayor será la necesidad de protección.

Pues bien, en relación con el tema de las exclusiones de la patentabilidad, o sea, más específicamente, en lo que concierne a la cuestión de la patentabilidad de las invenciones en el campo alimenticio, farmacéutico y biotecnológico, es interesante la sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., en 1980, en el caso Chakrabarty. Al decidir que son patentables nuevos organismos vivos, reconoció que no hay otra manera de que surjan invenciones potencialmente valiosas en este campo.

Este punto, claro está, elimina el argumento de que los medicamentos y alimentos son demasiado importantes para que puedan ser patentados. Por el contrario, precisamente son demasiado importantes para que se permita que no sean patentados. Y por ello, el Profesor Thomas Field, mi colega en el Centro de Leyes Franklin Pierce, enfatiza que tales productos deben ser patentables en mayor y mejor medida que el resto. Mejor dicho, cuanto mayor sea el interés público, mayor será la necesidad de protección. A propósito, en el caso Chakrabarty la Corte Suprema estipuló lo siguiente: "Cualquier cosa hecha por el hombre que exista bajo el sol, es patentable", y así debe serlo, digo yo.

9. Plazos de espera desde la invención hasta la comercialización.

En relación a los plazos de las patentes y períodos de exclusividad apropiados, quisiera mostrar a Ustedes por qué resulta absurdo tener plazos cortos como, por ejemplo, en relación con los fármacos, un año en Costa Rica, siete años en la India y hasta los 10 y 15 años que poseían los países de Latinoamérica en años pasados. También les mostraré que resulta absurda la posibilidad de que una patente caduque o que se otorgue una licencia obligatoria si no es explotada, después de tres o cuatro años de su concesión; finalmente, veremos que también resulta absurdo considerar la importación como un no-uso de patente.

En el cuadro anexo se presentan algunos ejemplos del plazo de espera (en inglés, "lagtime") que transcurre desde la invención hasta la comercialización. Curiosamente, el autor de este cuadro proviene del Gobierno estadounidense y no del sector privado. Como puede observarse en esta tabla, hay plazos de espera más largos que los que existen en la industria farmacéutica.

A la vista de este cuadro, no cabe ninguna duda de que plazos cortos de vigencia de las patentes, licencias obligatorias, caducidad por falta de uso, y el hecho de considerar que la importación no constituye uso, representan elementos de un sistema legislativo indeseablemente irreal y anacrónico.

En la era de la computación y de la biotecnología las cosas son muy distintas que tiempo atrás, en que se inventaban simples herramientas o máquinas. En consecuencia, los costos de investigación y desarrollo suben hasta las nubes. Se calcula que, en la actualidad, la introducción de un nuevo medicamento en EE.UU. tardará más de 10 años y costará más de US $250 millones.

A mi juicio, no hay necesidad alguna de comenzar o continuar con un esquema de licencias obligatorias; sin embargo, si su abolición resulta políticamente imposible, sólo deben existir licencias obligatorias en una situación de emergencia, sin que exista jamás el riesgo de caducidad , porque ello implicaría quitar una propiedad sin compensación alguna, lo cual es anti-constitucional. La caducidad es una pena demasiado draconiana.

Tampoco debe existir un requisito de uso obligatorio, ya que la patente es una propiedad y, por tanto, será su inventor o dueño quien debe decidir si la utiliza o no. Pero nuevamente, si políticamente resulta inaceptable eliminar este requisito, la importación debe ser suficiente, toda vez que es absolutamente irreal requerir producción doméstica en todo momento y en todo país en donde se obtiene una patente.

10. La llamada “pipeline protection” y las importaciones paralelas.

Ahora bien, en cuanto a la transición entre el régimen anterior y la normativa futura, es evidente que una nueva Ley de Patentes se debe aplicar plenamente a las solicitudes en trámite en el momento de la sanción. Pero también es necesario reconocer los legítimos derechos sobre innovaciones que no fueron objeto de solicitud de patente porque la vieja Ley las consideraba no patentables. La norma de transición preferida por las legislaciones más recientes, por ejemplo, la de México, admite que el inventor obtenga una patente sobre un producto de esa categoría, siempre y cuando el producto todavía no haya ingresado al mercado del país donde se dicta la nueva Ley y el solicitante haya presentado una solicitud de patente sobre el mismo producto, o la haya obtenido, en el país de origen o en otros países determinados.

Este tipo de protección no implica retroactividad de la Ley porque únicamente alcanzan a los inventos, aún no explotados en el país; además, es sólo temporaria y cesa cuando la respectiva patente expira en el país extranjero.

Es sorprendente que haya tanta oposición por parte de los llamados países, en desarrollo, porque este tipo de protección no es nueva. En efecto, en varios países, especialmente en muchos latinoamericanos, son bien conocidas algunas formas de protección muy similares bajo nombres diferentes, tales como “patentes de reválida,” “patentes de confirmación,” “patentes de introducción,” “patentes de registro,” y “patentes de importación”.

En relación, a las importaciones paralelas, es obvio que son incompatibles con la equidad jurídica y con la modernización tecnológica de un país. No es atractivo explotar su tecnología patentada si uno corre el riesgo de soportar la competencia desleal de importadores paralelos oportunistas. Una patente no tiene valor econonómico a la que no se le reconoce el derecho de la explotación exclusiva.

En la Unión Europea sólo se permiten las importaciones paralelas entre los países miembros y bajo determinadas condiciones, en virtud del principio de libre circulación de bienes dentro del territorio comunitario, pero de ninguna manera se las autoriza de países ajenos a la Unión Europea.

11. Japón marcó el rumbo.

A esta altura de mi charla no puedo dejar de mencionar los modelos y ejemplos de Japón y Corea que de veras son excelentes modelos y ejemplos a seguir e imitar. Corea y los demás “tigres” (Taiwan, Hong Kong, Singapur), han seguido el modelo del Japón con mucho éxito. Como hicieron los japoneses, hay que aprobar una ley moderna y mediante contratos de licencia hay que adquirir tanta tecnología del extranjero como sea posible. En Japón la experiencia demuestra que, una vez que un país instala un sistema de patentes sólido y efectivo, el flujo de transferencia de tecnología hacia ese país aumenta, al igual que su acceso a tecnologías más avanzadas. Dicho sistema de patentes asegura una transferencia más simple, mayor acceso a la tecnología y costos más bajos. Por otro lado, la experiencia japonesa nos ha demostrado también que el licenciamiento de tecnología extranjera, por regla general, sirve como catalizador para impulsar la actividad inventiva local.

Lo anterior resulta aún más beneficioso, si se tiene en cuenta que la tecnología recibida viene generalmente acompañada de capitales e inversiones extranjeras en cantidades considerables. Además, la importación de tecnología da lugar no sólo a la exportación de productos manufacturados mediante la tecnología introducida, sino también a la exportación de la tecnología modificada y mejorada.

En resumen, el progreso que ha alcanzado Japón a partir de la Segunda Guerra Mundial, se debe a su sistema de patentes y a su política de apertura al licenciamiento de tecnología, lo cual ha sido muy atractivo para el proveedor extranjero. Asimismo, la forma más rápida para lograr la industrialización de un país consiste en importar tecnología extranjera y proteger adecuadamente la propiedad intelectual.

12. El lamento del Dr. Da Costa Neto.

Hace unos años asistí a un seminario organizado por la Asociación Brasileña de Propiedad Industrial (ABPI) y celebrado en Salvador, Bahía. En este seminario, el Dr. Virgilio Da Costa Neto, Director Presidente del Centro de Investigación y Desarrollo de Bahía (CEPED), expresó esperanzadamente que Japón era un maravilloso ejemplo a imitar en lo que respecta al desarrollo tecnológico y a las patentes. "Japón marcó el rumbo", dijo.

Con relación a este país, se hizo referencia a la gigantesca empresa electrónica, Sony, que surgió después de la última Guerra Mundial como un pequeño negocio familiar, con una sola patente basada en una buena idea relacionada con la radio.

El Dr. Da Costa Neto se refirió también a otros interesantes conceptos: "La obtención de patentes, dijo, puede significar un buen negocio ... las patentes ayudan en la mesa de negociaciones ... y solamente a través de las patentes un empresario o una pequeña compañía puede resistir la competencia de los gigantes".

También lamentaba que, no obstante tener un staff de más de 100 personas en su Departamento de Investigación y Desarrollo, suficientes fondos, y un considerable desarrollo tecnológico, no había recibido ningún pedido para patentar algo.

Consideraciones similares fueron asimismo expresadas por la Profesora Eloisa Biasotto Mano, Directora del Instituto Macromolecular de la Universidad Federal de Rio de Janeiro.

Por otro lado, se señaló, que en un año reciente, Brasil pagó en concepto de regalías, tres millones de dólares, mientras que los intereses de la deuda externa ascendieron a más de 14 billones de dólares, siendo la primera cifra insignificante en relación con la última.

13. Corea podría haber tenido más éxito.

Corea es otro caso muy interesante, otro ejemplo de la aplicación de la exitosa fórmula asiática. Corea hizo muy bien en imitar a otros países, pero la imitación tomó la forma legal de mejora de un producto extranjero, más que una copia ilegal.

Los coreanos también recurrieron a la ingeniería invertida (en inglés, "reverse engineering") de los productos americanos, europeos y japoneses; los mejoraron lo suficiente como para calificarlos como nuevos, además de producirlos más baratos.

Para comercializar estos productos en EE.UU., Europa y Japón, se tuvo que evitar el infringir las patentes existentes en estos países, no obstante las lagunas en la legislación de patentes coreana.

Se puede decir que Corea podría haber tenido más éxito, si hubiera tenido un sistema de protección mediante patentes más fuertes, digamos hacia el año 1960, cuando en Corea se pusieron de manifiesto determinadas lagunas en su legislación; la importación de productos tuvo que hacer frente a la piratería local, y así sucedió especialmente en el campo de las

publicaciones, las películas, los productos farmacéuticos y los productos agroquímicos. Y es precisamente en estas áreas en donde hoy Corea es débil industrialmente.

Hoy día, otros países asiáticos, como Indonesia, Malasia y Tailandia, están siguiendo la experiencia japonesa y la de los cuatro tigres, aplicando la exitosa fórmula japonesa o asiática de desarrollo económico mediante patentes y licencias.

En este sentido, cabe señalar que hay buenos ejemplos de países más cercanos, como México y Canadá. Desde la adopción en Mexico de una ley de patentes de categoría internacional en 1992, están creciendo a ritmo sostenido las exportaciones mexicanos, especialmente, en el campo de medicamentos, y también han aumentado las inversiones en investigación y desarrollo, y después del fortalecimiento del régimen de patentes en Canadá, que comenzó en 1987 y culminó a principios de 1993, las inversiones en investigación y desarrollo en la industria farmacéutica de Canadá aumentaron a más de 500 millones de dólares.

14. La incorporación del patentamiento farmacéutico fortaleció los laboratorios italianos

No se conocen casos en los cuales una Ley de Patentes que incluya a los medicamentos, haya aniquilado a la industria farmacéutica nacional. Tampoco se conocen casos en los cuales ello haya resultado en una explosión de los precios.

Por el contrario, en Italia, otro país que debería presentar un ejemplo excelente para países Latinoamericanos, la incorporación del patentamiento farmacéutico en 1978 fortaleció a los laboratorios italianos que hoy dominan ese mercado. En contraste con los temores de quienes se oponían al patentamiento de las invenciones farmacéuticas, se han obtenido otros excelentes resultados como, por ejemplo, el aumento de la inversión nacional y extranjera en investigación y desarrollo, el aumento del nivel de empleo y de las ganancias, y el mantenimiento de los precios de los medicamentos a niveles razonables.

La explosión de los precios, una de las temidas consecuencias del patentamiento de los fármacos, no se materializó en Italia. De hecho, los precios han crecido a un ritmo mucho más lento que el nivel general de precios. Durante el período 1976-1989, los precios farmacéuticos aumentaron 79%, mientras que el nivel general de precios minoristas crecieron 127%. Hay otras claras estadísticas en relación a los efectos del patentamiento de sustancias farmacéuticas en Italia, las cuales se encuentran en artículos de sobra conocidos que se publicaron en los volúmenes 4 y 5 de Derechos Intelectuales, Editorial Astrea, Buenos Aires, intituladas “El Impacto de las Patentes Farmacéuticas: La Experiencia Italiana” y “Las Negociaciones del GATT para la Protección de las Nuevas Tecnologías”, y escritas por G. Jori y el Dr. Otto Stamm, respectivamente.

El tiempo no me permite extenderme más sobre esas estadísticas interesantes, pero si vale destacar que las patentes no han tenido malos efectos porque en Italia, como en los demás países, el porcentaje de productos patentados que hay en el mercado, apenas alcanza al 10% del número total de medicamentos ofrecidos. Es decir, la industria nacional queda libre de producir más del 90% de los fármacos legalmente.

Sólo los medicamentos nuevos pueden ser patentados. Esto significa que aquellos que ya están en el mercado no se ven afectados de ninguna manera por la introducción de protección patentaria y, por ende, tampoco son afectados los precios, porque tal legislación no tendría vigencia retroactiva.

Por último, en todos los casos, hay productos alternativos y a veces docenas de productos alternativos y, paradójicamente, los productos copia se venden muy a menudo a precios

superiores a los originales.

15. Los secretos industriales y las patentes son complemen-tarios.

Por supuesto, cualquier sistema de propiedad intelectual debe incluir no sólo las patentes, sino también los secretos industriales o de fábrica, los modelos de utilidad, diseños industriales, las marcas comerciales y derechos de autor y derechos conexos, etc. Tanto las primeras como los segundos son importantísimos para el desarrollo tecnológico y el crecimiento económico y, por ende, hay que establecer y mantener sistemas modernos y fuertes en estos campos igual que en el de las patentes. Además, también se precisa otro elemento de gran transcendencia, como es un sistema judicial que asegure la defensa de los derechos de propiedad intelectual.

En relacion con los secretos industriales, conviene subrayar que los sistemas de patentes y de secretos industriales no se excluyen recíprocamente, sino que, en realidad, son complementarios. Para proteger adecuadamente nuevos productos o procesos inventivos se deben utilizar ambos sistemas de forma complementaria.

Hay quienes no están de acuerdo con esta tesis. Cuando defendí esta postura en un seminario de la ABPI, celebrado en Sao Paulo, hace unos años, la Dra. Margarida de Mittelbach, jefe de la Oficina de Patentes, quedó horrorizada, y manifestó estar en total y profundo desacuerdo conmigo. Sin embargo, ¡Es la pura verdad!

La Corte Suprema norteamericana en el caso Kewanee Oil señaló que "tanto el derecho de patentes como el derecho sobre secretos industriales tienen un importante papel que jugar... y el funcionamiento de uno de estos campos no significa que se produzcan carencias en el otro... La extensión de la proteccion mediante secreto industrial (incluso) a invenciones claramente patentables no entra en conflicto con la política de revelación de la regla técnica característica del sistema de patentes...".

En esta misma sentencia, en un voto particular pero concurrente, el juez Marshall también señaló que el Congreso, cuando promulgó la ley de patentes, no intentó presionar a los inventores para que se acogieran a la protección mediante patentes, con exclusión de cualquier otra posibilidad de obtener protección legal para sus invenciones.

En otra, más reciente, sentencia de la Corte Suprema norteamericana, en el caso Bonito Boats, se mantuvo que las normas sobre secreto industrial se entrelazan, se acoplan (en inglés, “dovetail”) con la normativa sobre patentes de invención.

En definitiva, como cuestión práctica, y desde el punto de vista de la estrategia empresarial, no sólo es posible, sino que resulta muy importante seguir la siguiente política:

primero, mantener la invención en secreto mientras está pendiente la solicitud de patente para la misma;

segundo, mantener como secreto industrial el "know-how" asociado a una patente que no tiene por qué haber sido revelado en la solicitud de patente;

tercero, después de presentada la solicitud de patente, preservar como secreto industrial todas las mejoras y los resultados de investigación y desarrollo; y

cuarto, en relacion con tecnología compleja compuesta de productos y/o procedimientos multiples, obtener protección mediante patente para algunas invenciones, y simultáneamente conservar como secreto industrial otros aspectos, en particular, otras invenciones y know-how relacionados con las invenciones para las que solicitó la patente.

En resumen, una buena estrategia empresarial consiste en crear un activo patrimonial constituido por propiedad intelectual de toda índole, esto es, patentes, secretos industriales, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas,derechos de autor, etc. para de esta forma obtener la

protección óptima de las innovaciones propias.

16. Hay que formar una nueva mentalidad.

Ya que hemos hablado de estrategias y políticas prácticas, veamos cuáles pueden ser sus líneas de acción.

En primer lugar, hay que crear en el país y en cada empresa un clima en el que exista mayor apreciación y conocimiento sobre la propiedad intelectual y las oportunidades que presenta. Como demostraba el lamento del Dr. Da Costa Neto, de que nadie en su departamento de investigación y desarrollo había presentado una solicitud de patente a pesar de disponer de gran cantidad de resultados de investigación y desarrollo, la "conciencia o sensibilidad sobre el significado de la patente" es muy baja o inexistente, al menos en Brasil. Pero hay razones para creer que también sucede lo mismo en otros países de Latinoamérica. Para decirlo con claridad, por todos lados se necesita mayor formación en propiedad intelectual y mayor difusión positiva sobre su significado, es decir, hay que formar una nueva mentalidad.

En segundo término, una vez que se aprecie mejor la importancia de la propiedad intelectual, en las empresas que realizan trabajos de investigación y desarrollo, incluso en las más pequeñas, deben establecerse las políticas y procedimientos necesarios para "cosechar las invenciones", como muy apropiadamente lo llaman los japoneses. El medio o vehículo usual para el tratamiento de las invenciones es la descripción de la invención , que muestra la invención con suficiente detalle como para preparar una solicitud de patente y presentarla en la Oficina de la Propiedad Industrial nacional. Hay que procurar que no se produzca la divulgación o publicación de la invención antes de que se haya presentado la solicitud de patente y, desde luego, por razones obvias, es muy importante que la solicitud de patente se presente sin retraso y cuanto antes mejor. Para facilitar este proceso y obtener mayor cooperación por parte del personal que trabaja en los departamentos de I + D, debería iniciarse un programa de incentivos monetarios o de bonos.

Una empresa debe tener una política encaminada a obtener derechos de propiedad intelectual, con la finalidad de proteger productos y procesos actuales y/o potenciales, de poder conceder licencias de invenciones y know-how, y de realizar adquisiciones.

17. Lineas de acción para modernizar el sistema de propiedad intelectual.

Esto es nada más que una breve introducción a una temática muy larga. Muchos otros temas quedan sin siquiera poder ser enunciados. Para finalizar quiero señalar y destacar que nunca es tarde para empezar, es decir,
— empezar a modernizar y fortalecer las legislaciones nacionales anacrónicas,
— iniciar el proceso de adhésion a los tratados internacionales más importantes en la materia,
— comenzar a concientizar tanto al sector publico como al privado del significado y alcance real de la propiedad intelectual, y
— por último, instituir mecanismos judiciales para la ejecución y la defensa de la propiedad intelectual, o sea, para garantizar la aplicación y el cumplimiento de la nueva normativa. Una ley no aplicada, es igual a una ley inexistente.

Yo creo que sí es verdad de que la defensa de la propiedad intelectual hoy día es la nueva frontera como antes la eran los derechos humanos, según se ha dicho.

DR. KARL F. JORDA
David Rines Professor of Intellectual Property Law