

*Sergio Ampudia Mello**

La propiedad intelectual en la era TLCAN: una asignatura pendiente en el siglo XXI

SUMARIO: I. El TLCAN, a secas. II. Dos sistemas, una institución. III. ¿A dónde queríamos llegar? IV. ¿Cuál es la agenda pendiente? V. Bibliografía.

“No es la situación geográfica, ni la cultura, ni la ignorancia de sus ciudadanos o de sus políticos los que mantienen pobre al país, sino sus instituciones económicas extractivas”.

“Como todas las experiencias con instituciones extractivas, esto implicó que no hubiera ni destrucción creativa ni innovación”.

Daron Acemoglu y James A. Robinson,
en “Los orígenes del poder, la propiedad y la pobreza.
Por qué fracasan los países”.

I. El TLCAN, a secas

Una primera aclaración

El TLCAN contempló la protección de los derechos de propiedad intelectual protegidos por el sistema Berna-París, el de Ginebra y el de obtenciones vegetales, por lo que quedaron consideradas todas las figuras de protección del conocimiento regulado internacionalmente.

Para México, “... las consecuencias subsanados de la adopción de los nuevos parámetros de la P.I. estriban en una mayor protección en términos de

* Especialista en Propiedad Intelectual.

duración y de objeto de protección, ya que cubre áreas antes no protegidas globalmente como la tecnología y la industria farmacéutica y con áreas nuevas como los circuitos integrados, las variedades vegetales, la protección en la frontera, un nuevo impulso a la figura de los secretos industriales y de las denominaciones de origen. En materia de derechos de autor la protección de las nuevas tecnologías como el *software* y las bases de datos, así como una mayor importancia en los aspectos comerciales, de alguna manera se impone el *copyright* frente al derecho de autor. Es decir la PI. se adecua a las condiciones de las nuevas tecnologías de la información y computación (telemática)” (Becerra Ramirez, 2011).

Sin embargo, para este ensayo decidí excluir del análisis tanto a los derechos de autor como a las otras figuras de propiedad industrial, distintos a las patentes, en atención a dos consideraciones. Una de ellas, obedece a una razón material: el patentamiento es un indicador de desarrollo tecnológico y de la salud del mercado del conocimiento de un país, pero también es una figura cuya protección involucra no solamente condiciones jurídicas, sino también económicas cuyo impacto incide en la competencia y productividad de la economía y por ello, se inscribe directamente en el esquema de distribución internacional del trabajo: más que hablar del países desarrollados o en vías de desarrollo, sólo se puede hablar de países desarrollados tecnológicamente y los que no lo son. La segunda es formal. Los derechos autorales, a diferencia de las patentes, son hechos jurídicos en los que la voluntad no se propone crear consecuencias de derecho, al producirse el acontecimiento, la ley se los atribuye. Las patentes son actos jurídicos en los que concurren dos voluntades por lo menos: la del titular de un conocimiento novedoso, de aplicación industrial resultante de una actividad inventiva, y, por otro lado, la del Estado, cuyo reconocimiento es imprescindible para incorporar la invención al comercio al amparo de un sistema de tutela (Rico Alvarez, Garza Bandala, & Cohen Chicurel, 2013) (Betti, 2011) (Rojin Villegas, 2011).¹

Por otra parte, aunque el concepto de propiedad intelectual puede aplicarse genéricamente para abarcar tanto a la propiedad industrial (invenciones, marcas, secretos industriales, esquemas de trazado semiconductores de circuitos integrados e indicaciones geográficas, principalmente), y a los derechos de autor (aquellos que resultan de un impulso o de un componente creativo, incluyendo a estos, propiamente dichos y a los programas de cómputo, entre otros), en el marco de este trabajo utilizaremos indistintamente el término genérico -propiedad intelectual- o, el de propiedad industrial para referirnos a las invenciones.

¹ Para mejor comprensión sobre hecho y acto jurídico, consúltese RICO ÁLVAREZ, Fausto; GARZA BANDALA, Patricio; COHEN CHICUREL, Mischel. “Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones”. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. 1ª edición. México, 2013. pp. 81-88; BETTI, Emilio. “Teoría General del negocio jurídico”; en especial su capítulo introductorio: “Vicisitudes de las relaciones jurídicas en general”; y el capítulo primero: “La autonomía privada y su reconocimiento jurídico”. pp. 3-96. Editorial Comares, S.A. de C.V., España. 1ª edición, 2011; y, ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Compendio de Derecho civil. Teoría General de las obligaciones”. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1ª edición, revisada, 2011. pp. 3-54.

No ha pasado desapercibido, desde luego, que junto con las invenciones las marcas han sido la otra parte del binomio del derecho de propiedad industrial cuya naturaleza de activos intangibles ha merecido el estatuto de protección que concurre con el de inversión para garantizar el flujo de capital corporativo entre matriz y sucursales del mismo agente económico y que, merced al trato nacional, trato de nación más favorecida y nivel mínimo de trato, permiten la libre transferencia de bienes y servicios financieros inter e intra corporaciones transnacionales que contribuyen al desajuste de la industria mexicana. Sin embargo, por sí mismas las invenciones se explican como un resultado efectivo de una política pública que ha favorecido la producción de conocimientos que resultan de los incentivos a la innovación en el país, por lo que no considero necesario profundizar en las causas concurrentes de ello. Sobre secretos industriales solo se podría agregar que no es conocida la magnitud y alcance de la inteligencia tecnológica con que se explota esa figura de la actividad inventiva en México: son procesos que no están en el mercado.

Beatríz Léycegui, apuntó con la calidad que le asiste a quien participó en el proceso de negociación del TLCAN desde su inicio, que:

“Durante la década de 1980 y dado el agotamiento del modelo económico implementado en México desde finales de la Segunda Guerra Mundial, México modificó la estrategia de desarrollo del país basándola en un modelo enfocado al exterior.

En este contexto, México tomó la decisión de mirar hacia su región geográfica natural, América del Norte y a su socio comercial más importante, Estados Unidos, como la mejor manera de consolidar su nuevo modelo económico por medio del incremento comercial y una mayor atracción de inversiones” (Leycegui Gardoqui & Gomez Peralta, 2011).

En 1990, los mexicanos propondríamos formalmente la creación de una zona de libre comercio a través de un acuerdo. “Además, a las políticas y privatización de empresas públicas se agregó la de desregulación de las actividades productivas en manufacturas y servicios, incluyendo todas aquellas que permitan cierto control sobre las transnacionales, las cuales, por otra parte, comenzaron a gozar de una protección extra derivada del nuevo marco jurídico internacional” (Pérez Miranda, 2011).

Con esta visión fue impulsada la negociación del TLCAN que, marcó la integración comercial de la región. Desde una perspectiva a 20 años, se sabe que la firma del Tratado no obedeció a un impulso aislado ni respondió a un esfuerzo nacionalista para formalizar una visión de Estado a largo plazo que privilegiara al libre intercambio comercial entre los tres países que integran la América del Norte, o como parte de una estrategia de desarrollo distinta a la que había privado desde la posguerra fue un proceso de internacionalización del capital productivo que requirió “...la derogación de la legislación restrictiva y de los controles de flujo de utilidades, regalías e intereses derivados de las mismas” (Pérez Miranda, 2011, pág. 35).

En el campo de la propiedad industrial, si bien nuestra legislación ya admitía la protección como derecho de propiedad, el Tratado trajo consigo un cambio conceptual muy importante que se produjo caracterizarla como una especie de la inversión extranjera. La manera en que se tradujo esa concurrencia de protecciones no derivó en incrementar el número de solicitudes de patente, pero sí contribuyó a incrementar las importaciones que, al desplazar a la pequeña y mediana empresa en el mercado de proveedores que redujeron sus incentivos a innovar.²

Entre 1993 y 2011, las exportaciones mexicanas a Estados Unidos se multiplicaron por seis, para alcanzar 274,600 millones de dólares en 2011. México tuvo una participación de 11.9% en las importaciones estadounidenses en 2011, siendo el tercer proveedor de ese mercado, sólo detrás de China (18.9) y Canadá (14.3%).

Sin embargo, "... de las importaciones mexicanas de productos estadounidenses, 84% son bienes intermedios y de capital que contribuyen al potencial exportador de México" (Leycegui Gardoqui, Socios sin barreras: urgencia de una visión estratégica común en América del Norte, 2012).

Como afirma Luis Rubio:

"El TLC fue concebido para conferirle permanencia a las reformas que se habían llevado a cabo hasta ese momento. Buenas o malas, y un trato y sus insuficiencias, esas reformas entrañaban la oportunidad de efectivamente transformar la realidad pero solo se presentaban en el largo plazo. En otras palabras, el imperativo categórico del TLC fue el de procurar darle certidumbre al factor clave de las reformas, la piedra de toque del proyecto modernizador de ese momento: la inversión" (Rubio, 2014)

¿Ganamos o perdimos?

El sistema de protección del conocimiento ha transitado conceptualmente desde ser considerado un privilegio concedido por el Estado al derecho de exclusividad análogo a la inversión extranjera. Para explicar el status de protección que la Ley de la Propiedad Industrial concede a las patentes a partir de 1991, conviene revisar la dinámica que se gestó en la coincidencia de dos factores, uno interno y el otro externo en el país.

² "Un ejemplo que ilustra de la falta de relación entre el sistema de patentes de México y las capacidades científicas y tecnológicas del país, es considerar que el número absoluto de solicitudes de patentes hecha por los residentes de México se incrementó solo en 4 por ciento desde que la nueva ley de IP fue introducida, de 564 patentes en 1991 a 584 en 2005, contraste, el mínimo de solicitudes de no residentes se triplicó a lo largo del mismo periodo de 4,707 en 1991 a 13,582 en 2005. El número neto de licencias y pago de regalías para los extranjeros se incrementó de 341 millones de dólares estadounidenses en 1991 a 713 millones en 2004, un incremento de 109 por ciento". SHALDEN C. Kenneth. "Propiedad Intelectual para el desarrollo de México", en el Informe del Frederick S. Parde Center for the Study of the Longer-Range Future, en la Universidad de Boston.

El agotamiento del modelo de desarrollo económico, abrió el espacio para que la deuda externa fuera un elemento de presión para influir en la orientación de la economía: sin recursos propios, la apertura comercial se veía como la única vía posible para mantener el dinamismo económico del país en la perspectiva de los oligopolios y de los monopolios que resultaron de la privatización de las empresas públicas. Por otro, la mundialización del comercio internacional exigía que los países desarrollados buscaran mano de obra barata en los que pudieran localizar los segmentos de producción que les resultaban más rentables. Si bien la inversión extranjera directa podía concebirse como generadora de empleo, en la práctica desplazó a industrias nacionales ya establecidas lo que trajo como consecuencia para los fines que pretendemos explorar, que la absorción tecnológica de nuestras empresas se basara en la importación, es decir en el *learning by using*.

La dinámica reformadora inició desde 1986, cuando México ingresó al GATT. Si bien en esa época para nuestro país todavía la protección de la propiedad industrial no tenía la connotación de inversión, lo cierto es que ya desde 1984 los Estados Unidos habían adicionado en su Ley de Comercio y Aranceles, una Sección 301 que estableció sanciones comerciales para aquellos países cuya legislación fuera "inadecuada e inefectiva para proteger los derechos de los titulares de las patentes: las consideraba barreras no arancelarias al comercio. Esa preocupación provenía, por supuesto, de los industriales farmacéuticos, los de software y de los trazados de circuitos integrados que son ramas industriales caracterizadas por ser intensivas en investigación y en desarrollo tecnológico y requerir de un largo periodo de retorno.

Como dijo Carlos Correa:

"Desde el inicio de la Rueda Uruguay, resultó evidente que uno de los objetivos fundamentales que perseguían los países industrializados, particularmente los Estados Unidos, era la extensión de la patentabilidad a los productos farmacéuticos con un alcance mundial" (Correa, 1998).

Podemos entender nuestros cambios legislativos a partir de diacronía en que se produjeron tanto en lo internacional como en lo nacional: éstos antecedieron a la formalización de los compromisos internacionales (ADPIC y TLCAN), pero respondieron a la inercia y a la lógica de éstos a pesar de que cuando decidimos adecuar nuestras leyes, todavía no estaban vigentes esos instrumentos. Su dinámica reformadora ya se sentía en la liberalización de la economía. De hecho los plazos convenidos en los términos de los instrumentos internacionales para que México adaptara su regulación no fueron utilizados porque la legislación interna ya regía con anterioridad.

No quisiera detenerme mucho para analizar la razón económica de la diacronía pero sí apuntar que la suerte de nuestras leyes en materia de propiedad intelectual ya estaba echada desde que se ingresó al GATT: la libertad de implementación derivada de ambos instrumentos internacionales no fue aprovechada.

Si bien, se trataba de regímenes jurídicos distintos y de capacidades económicas diferentes, en 1994, cuando se formuló el Acuerdo de Marrakesh y la obligatoriedad del ADPIC, ya nuestra Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial había aceptado liberalizar la protección de la tecnología y declinar el uso de fórmulas jurídicas que obligaran a las empresas extranjeras a la transferencia tecnológica.³

Aunque el ADPIC significaba que "... cualquier inversión podrá ser patentada, bien sea que se trate de productos o procesos," en todos los campos de la tecnología, y que "... las patentes se podrán obtener y los derechos de patentes se podrán gozar sin discriminación por ..." el campo de la tecnología" (Correa, 1998, pág. 131), éstos establecieron básicamente estándares mínimos que debían recogerse en cada legislación nacional, lo cual no fue suficientemente comprendido en nuestro país y, consecuentemente, de alguna manera renunciamos a robustecer las normas que contienen con el "ejercicio abusivo del derecho de exclusividad", como veremos.

Correa apunta:

"Si bien diferentes países cuentan con distintos mecanismos para la incorporación de las normas de los tratados internacionales, en el caso del Acuerdo TRIP's parece claro que por la intención de las partes, la naturaleza de sus disposiciones, las partes a las que estas últimas se dirigen (i.e. los Estados) y la aplicación automática de plazos de transición, no ha sido concebido como un convenio autoejecutorio, sino que requiere una instrumentación mediante legislación interna" (Correa, 1998, pág. 50).

Para un observador atento, la trayectoria regulatoria de la propiedad industrial es explicable en función de esa doble dinámica: por un lado, la corriente desreguladora que se dio a nivel internacional pero que, por su propio proceso fue posterior a las modificaciones de nuestro derecho interno y, por otro, la adaptación anticipada con que ajustamos nuestro marco legal dejando al TLCAN el ámbito que interesaba a nuestros socios comerciales o sea el de la protección de sus inversiones bajo la consideración que la propiedad industrial es un tipo de ésta, en su calidad de intangible.

Para el TLCAN, en efecto, el régimen de la propiedad industrial previsto en el Capítulo XVII debe ser considerado en el entorno del capítulo XI, relativo a la protección a las inversiones, en la medida que "las reformas exigidas emprendían un concepto muy amplio de inversión extranjera abarcando entre otras normas: a) la legislación sobre inversión extranjera en sentido estricto, b) la legislación sobre propiedad intelectual e industrial, c) la legislación sobre expropiación" (Pérez Miranda, 2011, pág. 15).

³ En efecto, en 1991, con la publicación de la Ley del 27 de junio, se abrogaron la Ley de Inventiones y marcas, y la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas.

Desde luego, son varias las preguntas que esta cuestión suscita, en la medida que la simple analogía de los derechos de propiedad industrial como concepto de inversión es comprensible en la medida que ambos deben ser objeto de tutela, pero en el campo del derecho mexicano no es tan simple aceptar que esa analogía sea aceptable tan llanamente, especialmente porque el derecho de propiedad adoptado constitucionalmente está sometido al requisito de la propiedad originaria de la Nación y no lo considera un derecho pre-existente, como lo es para el derecho anglosajón. Por otra parte, los privilegios de exclusividad de los inventores se consideran como monopolios concedidos por el Estado en uso de sus facultades de *imperium*. Adicionalmente, siguiendo a Pérez Miranda cuando habla sobre la naturaleza compleja de las patentes y particularmente de lo que implica el privilegio monopólico dice "...ha predominado en este sistema el denominado "derecho de exclusividad", identificado históricamente con la patente. Esta institución ha sido objeto de intensos debates, pues si bien otorga los derechos más plenos al invertir y por tanto brinda los mayores estímulos individuales, provoca perjuicios sociales tanto por facilitar el abuso por parte del titular de la situación de monopolio que le otorga el derecho de exclusiva, como por disuadir las investigaciones en las áreas de nuevas patentes" (Pérez Miranda R. , 1994).

Independientemente del vehículo jurídico que se utilice para ofrecer la protección requerida a las inversiones, el contenido material de éstas se relaciona con un campo inmaterial que es el de los bienes públicos, como son el conocimiento y las ideas, cuya provisión debe ser garantizada mediante la intervención del Estado.

La existencia misma de un campo específico de protección reservado para el conocimiento como bien jurídicamente tutelado no se agota con la regulación de qué es y cómo se obtiene el derecho y qué protege. No excluye que ese campo esté contemplado en otro ámbito complementario que se deriva de sus implicaciones en el uso de la tecnología y de ahí la competitividad y productividad de la industria (Pérez Miranda R. , 1994, pág. 76).

Justamente, la necesidad de proteger las ideas y de que éstas sean susceptibles de comercializarse en exclusiva se centra en la perspectiva paradójica de crear simultáneamente los incentivos que requiere un inventor para aprovechar su invento, y evitar que ese monopolio se traduzca en un ejercicio abusivo del derecho que desincentive la competencia creativa. Por ello, aunque lo ideal sería centrarnos en identificar y revisar los aspectos más relevantes del TLCAN y, por supuesto del Acuerdo que acompañó la negociación de este en cuanto a propiedad intelectual y comercial se refiere, ADPIC, y su armonización con nuestro sistema jurídico, es inevitable considerar si, dada la importancia de producir y utilizar tecnología y procurar su innovación, las instituciones y organizaciones mexicanas que se vinculan a la propiedad industrial han desplegado adecuadamente el complejo sistema de protección y fomento que supone la dimensión económica de esa materia.

II. Dos sistemas, una institución

Mirando hacia afuera

Con el TLCAN, fundamentalmente se trató de extender el régimen de protección de la propiedad intelectual a las reglas de protección de la inversión, aunque sin duda el mayor logro de ello fue reiterar como patentables los productos farmacéuticos y agroquímicos que ya estaba contemplado desde 1991 en nuestro país. Para los norteamericanos no era suficiente con ese estatuto dada la manera en que puede ser modificado nuestro orden normativo interno. Como dice Pérez Miranda:

“La inversión de un extranjero o de una empresa extranjera se encuentra sometida, en principio, al cambiante derecho interno del país huésped. Por ende, las empresas trasnacionales y los inversionistas extranjeros presionan para que otorguen garantías especiales a sus inversiones” (Pérez Miranda R. , 1994, pág. 49).

Aunque el TLCAN, no define específicamente lo que debe entenderse por inversión sino que se limita a señalar los conceptos que pueden ser considerados como tal, sin duda quedan incluidos los valores inmateriales o intangibles en esa concepción cuando señala:

“Artículo 1139: Definiciones

Inversión significa:

g) Bienes raíces u otra propiedad, tangible o intangible, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines”.

Desde luego, esa consideración permite que con el carácter de inversión se puedan hacer transferencias libremente y sin demora, tratándose de ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión.

Bajo ese tratamiento, el Capítulo XI incluyó una Sección B: “Solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte”, estableciendo un esquema de arreglo de diferendos para ser sustanciados como procedimiento arbitral en Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones que es un mecanismo de solución de controversias, específico y distinto al procedimiento genérico reservado para temas distintos a los de inversión. Con ello, en virtud del TLCAN, aceptamos sustraer a la jurisdicción del país el tratamiento de los conflictos derivados de la protección a los inversionistas, cerrando el modelo de tutela con las prescripciones relativas a las figuras llamadas “Trato

Nacional” (un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas); “Trato de Nación más favorecida” (trato no menos favorable que el que otorgue a los inversionistas de cualquier otra parte o de un país que no sea parte); y, “Nivel mínimo de trato” (trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas).

El acento más marcado del TLCAN descansa en la protección a las inversiones como un régimen sobrepuesto al de propiedad industrial, propiamente dicha, particularmente en el campo de las patentes. Hemos insistido en que el problema no fue hacer extensivo el patentamiento a la farmacéutica y agroquímica, sino la manera en que se entendió el derecho de exclusividad: la obligación de respetarlo debió ir acompañada del derecho correlativo de hacerlo de acuerdo a un sistema que mitigara los efectos más extremos de los prácticas monopólicas que, al descansar en el poder estatal, pueden inhibir la competencia y extinguir la iniciativa a la inventiva. Por ello, el TLCAN prácticamente se constriñó, en el artículo 1709, a prever límites para las situaciones donde alguno de las partes pueda adoptar medidas que afecten la explotación normal de la patente, dejando las reglas más precisas al ADPIC, aunque este acuerdo se ubica dentro del marco de la Organización Mundial del Comercio y se concibe como un convenio internacional complementario a los existentes, como un convenio-plus.

Cabría agregar que el artículo 1106: “Requisitos de desempeño” contiene una condición poco observada y que se traduce en un deber de abstinencia, para el Estado, es decir, de no hacer. La imposibilidad de imponer condiciones a las inversiones o a los inversionistas en relación con el porcentaje de integración de componentes nacionales en la manufactura de exportación; contratar a productores locales; restringir las ventas; o para transferir tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, entre otros. La razón de esta prohibición se explica en función de que pueden ser condiciones que obstaculizan la libre circulación de bienes, pero implica una renuncia a obtener alguna ventaja tecnológica derivada de la rentabilidad de la localización de una inversión. Si hubiésemos partido de la idea que en cuanto a desarrollo tecnológico se refiere, nuestros países y sus socios comerciales se encuentran en igualdad de circunstancias y recursos sería comprensible una renuncia de esa naturaleza, pero es claro que a pesar de que la transferencia de tecnología siempre es anunciada como una justificación para impulsar el libre intercambio comercial y el otorgamiento de facilidades a la inversión ello no ha ocurrido. Esa posibilidad fue cancelada en los términos del artículo 1106.

Desde su concepción, el TLCAN parecía un convenio entre iguales: la visión ricardiana se recuperaba para proponer que cada país de la región de Norteamérica podía concentrarse en aquello en lo que fuera más rentable. Sin duda México se conformó con proveer materias primas, manufactura de ensamble con poco valor agregado y mano de obra barata. Aunque no está muy explorado el sistema de incentivos que se derivan de la inserción del citado artículo 1106, en el agotamiento de nuestra fortaleza tecnológica basada en la imitación,

se observa que el origen de la pérdida de generación de tecnología se inscribió en éste dispositivo en la medida que pactó la posibilidad de impedir la exigencia a los inversionistas extranjeros para realizar en el país investigación y desarrollo y de tecnología, así como la posibilidad de insertar en nuestra legislación interna la prohibición de "... restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas".

Aisladamente, esa cuestión no parecía vulnerar el equilibrio entre iguales, pero a distancia se observa que la exigencia a la transferencia de tecnología fue una renuncia absurda por parte de México, ya que el régimen de importaciones inhibió cualquier capacidad de desarrollo tecnológico autóctono.

Ahora bien, la trayectoria de nuestra legislación vigente coincide con el proceso que concluyó con el acuerdo de Marrakesh y la firma del ADPIC, que si bien contempla un régimen que podríamos llamar técnico, su revisión permite entender por una parte, cómo se justificó en México la propiedad industrial a partir de su connotación patrimonial (utilizada conceptualmente para justificar el alcance monopólico de un derecho y el resultado económico de ello: el derecho de apropiación) y, por otra parte, su inserción en un sistema económico retrasado, acostumbrado a la protección estatal, obligado súbitamente a competir.

Los ADPIC's, en efecto, son el instrumento internacional de mayor alcance que se haya celebrado en materia de derechos de propiedad industrial, armoniza normas sustantivas de éstos, pero permitió legislar libremente sobre los aspectos técnicos de interés propiamente nacional. Estableció así, la obligación de adoptar estándares mínimos en materia de protección y la libertad de proponer y adoptar fórmulas jurídicas adecuadas a cada sistema jurídico y de acuerdo con los diversos niveles de desarrollo tecnológico.

En ese sentido, despiertan un enorme interés las reflexiones de Carlos Correa respecto al margen de flexibilidad aceptado en el ADPIC, para considerar medidas nacionales tendientes a evitar distorsiones injustificadas de la competencia:

- *Instrumentar en la legislación nacional licencias obligatorias que actúen como elementos de disuasión para evitar prácticas abusivas y favorecer el acceso a licencias voluntarias, bajo condiciones comerciales razonables.*
- *Asegurar la importación de productos puestos en el mercado legítimamente, bajo el principio de agotamiento internacional;*
- *Excluir de la patentabilidad (por no reunir los requisitos constitutivos de una "invención"), las sustancias existentes en la naturaleza, incluyendo genes, células y productos de base biotecnología;*
- *Excluir igualmente la patentabilidad de plantas y animales, y los procesos esencialmente biológicos para su obtención;*

— *Limitar la inversión de la carga de la prueba a patentes de procesos relativos a nuevas entidades químicas*” (Correa, 1998, pág. 157).

La importancia que tuvo la negociación de los ADPIC’s para la formación de nuestro derecho nacional en la materia fue muy relevante. No tan sólo porque es el Acuerdo que rige el comercio internacional vinculado con la actividad inventiva (*y las otras figuras de P.I. por supuesto*), sino porque los términos de su discusión fueron provocando los acomodados de nuestra Ley de Invenciones y Marcas en 1976, –inicialmente- y los de la de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial y la vigente Ley de la Propiedad Industrial. Basta comparar las coincidencias de las fechas de publicación de éstas, con la naturaleza y alcances de las propuestas de los países desarrollados que desde el principio eran proclives a fortalecer la protección de los farmacéuticos y agroquímicos como patentes para ofrecerles un entorno de protección muy robusto, como hemos insistido. Esa consideración la haremos más adelante (Correa, 1998, pág. 22).⁴

Aunque, a 20 años de distancia parecería perder sentido la revisión crítica del desarrollo de las negociaciones de los ADPIC’s, lo cierto es que es útil rescatar algunas de las visiones que estuvieron presentes y que quedaron incorporadas en el instrumento. Otras posiciones no prosperaron, pero su discusión parece duradera hasta hoy. Me refiero al espíritu de los artículos 7 y 8 y a los plazos de entrada en vigor previstos por el artículo 65, que merecen un punto de vista analítico. Por supuesto, sin desmerecer la importancia de los aspectos estrictamente técnicos como son las reglas generales para la patentabilidad; las excepciones a éstos; el otorgamiento de licencias; los usos, entre otros, pero que puedan ser consultadas directamente en el texto de los acuerdos.

El artículo 7, expresa:

“La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán construir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.

Se trata, sin duda, de una prescripción con más pretensiones conceptuales que para el sentido jurídico que ofrece. Sin embargo, constituye una excelente oportunidad para insistir que la protección de los derechos de propiedad intelectual es el medio por el cual el Estado participa en la corrección de las fallas del mercado, en tanto que la patente cumple una misión privatizadora de manera tem-

⁴ “En diciembre de 1991, el Director General del GATT, A. Dienkel, presentó un texto de compromiso del proyecto de “Acuerdo TRIP’s, el que después de su presentación sólo sufrió mínimas modificaciones (sólo dos artículos de relevancia) hasta su adopción final de Marrakesh, en abril de 1994, como uno de los anexos al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio” (OMC).

poral pero lo hace –paradójicamente– por razones de interés público. Ni el otorgamiento de derecho de exclusividad –ya sea que su origen sea un privilegio concedido por el Estado o se trate de un derecho pre-existente de propiedad– son fines en sí mismos, sino los medios para crear las condiciones para que la inventiva se convierta en un factor de competencia en el mercado.

El hecho que aparezcan en el panorama de la propiedad industrial de nuestro país la innovación y la transferencia tecnológica apuntan al papel que debe desarrollar el Estado en esa vinculación, de fines a medios. En el campo de la economía del conocimiento, la función tutelar del poder público es una función que se forma por una doble conducta: de omisión, en la medida que está obligado a abstenerse de intervenir en la explotación normal de las patentes o de alguna fuente de ganancia legítima y, de acción, para intervenir ante terceros para hacer valer los derechos del titular. El régimen *sui-generis* de protección es un régimen contrario a la competencia, pero tiene como finalidad una razón superior (el bienestar colectivo) no la defensa de intereses particulares. El funcionamiento del sistema de innovación depende que el Estado cumpla con su doble función. Si ello no ocurre se provoca una falla de gobierno (quizás como resultado de que sin condiciones de competencia, la mera protección se convierte en sobre protección) que impide que el Estado provea esos bienes públicos (en este caso, la falta de condiciones para la “destrucción creativa”).

Por su parte, el artículo 8, previó para los países la posibilidad de adoptar reglas propias para ajustar su regulación para “...promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente acuerdo”. Así como medidas “... para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología”.

De esa redacción se desprenden tres elementos que, si bien sería muy difícil afirmar que fueron recogidos por nuestra legislación, es conveniente mencionarlos: a) la noción de interés público para promover ciertos sectores estratégicamente necesarios para impulsar la generación de conocimiento útil; b) la prevención del abuso de derechos de propiedad intelectual; c) la impertinencia de prácticas que, basados en el ejercicio del derecho de exclusividad, resulten en la limitación del comercio o en detrimento de la transferencia de tecnología.

Sin duda, las pretensiones del artículo 8 son los de complementar la protección lisa y llana de los derechos de propiedad a que se refiere el numeral anterior con la posibilidad de hacer explícitas las medidas tendientes a evitar el abuso de derechos o limitaciones al comercio de mercancías, incluyendo el propio conocimiento considerado como tecnología.

Me pregunto sí con base en los ADPIC’s, además de un detallado sistema disuasorio basado en la exigibilidad de explotación de las patentes (no me voy a referir a las importaciones paralelas); mecanismos para el otorgamiento de licen-

cias contractuales, obligatorias y de utilidad pública; usos sin autorización del titular y sanciones, era posible hablar de robustecer nuestro sistema de competencia para utilizar también instrumentos económicos que favorecen la competencia, como podría ser el de utilizar el poder de compra del Gobierno, el agotamiento internacional del derecho, el otorgamiento de subsidios e, incluso, el acceso efectivo al uso y aprovechamiento de invenciones de uso libre.

En el sistema adoptado en nuestras leyes no parece haber recursos instrumentales para incidir en el mercado, especialmente si, como previene el artículo 25 de la Ley de Propiedad Industrial, el titular de una patente puede oponerse a la importación de un producto, sin su consentimiento.

Mirando hacia adentro

El tránsito jurídico para pasar de una política regulatoria que planteaba que "... la patente no es un derecho natural de propiedad como lo consideró el liberalismo sino un privilegio que el Estado otorga y cuyo campo de aplicación alcance y ejercicio quedan sujeto a los términos que el propio Estado decide concederle" (DOF, 1976)⁵ a otra que anunciaba que "... dentro del Acuerdo General de Aranceles Aduanales y Comercio, en el marco de las negociaciones de la Ronda Uruguay, los países miembros están buscando la forma de eliminar los obstáculos para la expansión del comercio internacional que se originan por defectos de la protección de la propiedad industrial,⁶ obedece a la visiones que oscilan de observar a la patente como un privilegio otorgado por el Estado en funciones de derecho público, a un derecho de propiedad que no es creado por el Estado sino reconocido por éste y anterior a él. En realidad la dialéctica responde un debate jurídico inacabado en nuestro país, entre el *ius positivismo* y el *ius naturalismo*. Empero en 1976, México definía su futuro económico apostando al crecimiento hacia el mercado interno, y en 1991 (y por supuesto 1994, en que se publica la actual Ley de la Propiedad Industrial) decidido a abrir y desregular nuestra economía hacia el sector externo.

No es propósito de este trabajo examinar los cambios que sufrieron los modelos jurídicos de protección que rigieron durante la vigencia de cada ordenamiento. Es útil revisar; sin embargo, por qué lo que era bueno para México materia de desarrollo tecnológico –con los certificados de invención que amparaban derechos de usufructo más no de exclusividad, en aquellas materias que se consideraban como no patentables, como la farmacéutica- no lo era antes de

⁵ Exposición de motivos de la iniciativa de Ley que regula los derechos de los inventores y el uso de signos marcados.

⁶ Exposición de motivos de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 27 de junio de 1991.

1991, porque "... el certificado restringe considerablemente la capacidad del inventor para controlar las modalidades del desarrollo industrial y comercial de la invención y, es por ello, que resulta menos atractivo para la industria, en comparación con la patente". La razón de ello, obedece sin duda, al modelo de desarrollo económico imperante en cada época; a la naturaleza del desarrollo de la técnica; al modelo de apropiación tecnológica de cada época; y, al papel con que ideológicamente se ubicaba el Estado en la materia. En ese entorno destacaría que en México el mercado nunca ha sido un elemento de asignación de recursos para la innovación, porque no hay incentivos para la competencia, dado el carácter monopólico de la economía: ello explica el bajo patentamiento histórico.

Por ello, no ha sido trascendente proponer en nuestra legislación medidas que limiten la posibilidad del ejercicio excesivo del derecho de exclusividad de la patente ya que finalmente también éste responde a la naturaleza de las instituciones encargadas de la administración de los derechos de propiedad intelectual. No solo no pugna con las consecuencias anti-mercado que naturalmente puede traer el otorgamiento y explotación de una patente, sino que puede ser, incluso, absolutamente disfuncional al modelo de acumulación de capital en nuestro país, que es estructuralmente extractivo de rentas. Lo cierto es que la naturaleza de las instituciones políticas y económicas del país, siempre han determinado el punto de eficiencia donde la protección a la inversión extranjera y los incentivos a la innovación nacional.

En un sistema estrictamente liberal, sería inútil que quisiéramos destinar el 1% del PIB al fomento de la investigación y desarrollo de innovación, cuando los números demuestran estadística y contablemente hablando, que no hay relación entre la oferta de tecnología y la demanda en México. Puede entenderse si admitimos que tanto las instituciones de educación superior, como las empresas del sector secundario, especialmente, han desplegado una vocación indudablemente rentista, que sólo puede justificarse en las publicaciones científicas y tecnológicas, patéticamente reiterativas.

Una conclusión

En líneas anteriores sostuvimos que la lógica regulatoria del conocimiento ha variado sustancialmente desde 1976 a la fecha. Lo único consistente ha sido el bajo número de solicitudes de patente y el alto número de rechazo de estas, tratándose de nacionales, desde 1986 empezó a hacerse sentir un impulso modernizador que se inscribió en la dinámica de la Ronda Uruguay que tuvo un soporte en el desarrollo científico y tecnológico de la industria química –farmacéutica a nivel mundial y particularmente en los Estados Unidos y que de manera inmediata forzó a que en 1987 se practicara una modificación a la Ley de Invenciones y Marcas para volver patentable el proceso manteniendo la no

patentabilidad del producto, pero concediendo un plazo de 10 años para volver patentables ambos, producto y proceso, el cual fue desestimado con la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial la cual ya no los consideró como no patentables.

Esta perspectiva permite explicar las razones por las que ni el TLCAN, que dejaba un ámbito de juridificación en nuestro derecho interno, ni los AD-PIC's, fueron determinantes para adaptar nuestras leyes en los aspectos que era discrecional hacerlo, -lo farmacéutico y agroquímico ya estaba haya contemplado desde 1991, por más que la Ley de Propiedad Industrial vigente, resultado de las reformas y adiciones a la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial y hubiera sido posterior a la entrada en vigor de los instrumentos internacionales-, ni a utilizar el plazo de transición de hasta 5 años, para hacer las adaptaciones al derecho interno: sólo se hizo necesario ajustar la naturaleza económica y administrativa del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (concebido formalmente desde 1991 y creado en 1993 con funciones solamente de apoyo técnico a la Secretaría del ramo) a efecto de atribuirle funciones de autoridad constitutiva, declarativa y fiscalizadora (inusuales para un organismo público descentralizado, en esa época) y algunos muy limitados facultades de fomento (tanto de la protección de la propiedad industrial, como de la innovación y de la transferencia de tecnología).

Por supuesto, complementando el nuevo esquema, se modificaron la Ley de Inversión Extranjera y la Ley de Expropiación.

Al respecto Pérez Miranda dijo:

“La legislación mexicana, sin embargo, no ha aprovechado los márgenes negociados en el TLCAN ni en la OMC, y en muchos casos es más proteccionista que la misma de Estado Unidos, así sucede con ciertas formas de transferencia de tecnología no patentada, u otras en las cuales la patente es solo uno de los objetivos del negocio jurídico, como las transferencias de paquetes tecnológicos, el secreto industrial y en especial las denominadas “franquicias” (Pérez Miranda R. , 1994, pág. 51).

Dos cuestiones significativas contribuyen a entender la función protectora que la propiedad industrial adquirió en cuanto a privilegiar su carácter de inversión se refiere, como se análogo con el TLCAN, y la otra el abandono de la función activa del Estado para impedir que el carácter monopólico de las patentes, se haya convertido en un elemento inhabilitador de la competencia y del uso del mercado para promover la innovación, como se observa muy fácilmente en la industria farmacéutica. A diferencia de la Ley de Invenciones y Marcas de 1976, la Ley de Propiedad Industrial vigente, siguiendo lo acordado en el TLCAN, considera que la explotación de la patente puede hacerse a través de la importación, lo que se conoce como “importaciones paralelas” y doctrinalmente como “agotamiento internacional del derecho”. Parece lógico que por introducir cier-

to grado de competencia en el mercado, sobre todo porque la falta de disciplina de éste se debe a la exclusividad y es que no son producidos en el territorio de un país en el que ya se encuentra protegida la patente, la oferta de bienes puede compensarse obteniéndolos de otros países en que ya se encuentran lícitamente en el comercio, para evitar discriminación y abusos de precios. Sin embargo, es excesivo que la Ley considere que para proteger ese derecho exclusivo de explotación de la inversión requiera el consentimiento del titular para realizar la importación.

Si la Ley lo permite es obvio que en ausencia de competencia, es posible fijar un sobreprecio que quizás ni siquiera corresponda al país de origen de la importación. De hecho, oponerse a la importación deberá constituir un ejercicio abusivo del derecho de exclusividad, sobre todo porque no se le afecta económicamente desde el momento que el titular ya recibió una compensación desde que lo introdujo al comercio: agotó su derecho. Si nuestra Ley no lo ve así es porque su acento es la inversión, no la competencia. Siendo el régimen de protección de la propiedad un sistema *sui-géneris* que descansa en la intervención del Estado para proteger y fomentar éste, como hemos apuntado, tiene una doble función: limitar los excesos del derecho de propiedad y corregir las fallas del mercado, para generar conocimiento innovador, es decir, es un deber de acción y de omisión. Cuando asume sólo la función fiscalizadora lo hace por una vocación extractiva ya que tiene como consecuencia mantener el *status-quo* tecnológico.

En México; sin embargo, la innovación tecnológica, como política pública desobedece a la economía: está basada en la oferta únicamente, porque los demandantes de tecnología la adquieren en el extranjero en el extranjero (*learning by using*) en la asignación de fondo públicos de fomento, así como en la ciencia básica, no en el mercado, cerrando un círculo tecnológico. Se trata de un problema de enfoque.

Si la pregunta fuera ¿Cómo deberían los gobiernos -en general- elaborar su legislación sobre patentes? La respuesta sería que ésta debe encontrar un difícil punto medio: la perspectiva de obtener beneficios económicos es lo *único* que impulsa a un agente económico a desarrollar investigación, un grado excesivo de protección hace que resulte difícil para la I+D “Esto nos lleva a una cuestión general: es probable que el tipo de progreso tecnológico sea diferente en las economías más avanzadas que en las menos avanzadas. Las economías más avanzadas, al estar por definición en la *frontera tecnológica*, necesitan desarrollar nuevas ideas, nuevos procesos y nuevos productos. Necesitan innovar. Los países que se encuentran rezagados pueden mejorar su nivel de tecnología (*imitando y adaptando*) los nuevos procesos y productos desarrollados en las economías más avanzadas. Necesitan imitar. Cuanto más rezagado se encuentra un país, mayor es el papel de la imitación en relación con la innovación” (Blanchard Olivar & Alessia y Gavazzi, 2012). (El subrayado es mío)

No se trata por supuesto, de proponer el relajamiento del sistema de protección de las invenciones, sino de considerar si en materia legislativa México se encuentra en ese punto medio en el que tanto la sobreprotección (que tien-

de a favorecer el ejercicio abusivo del derecho) como la protección subóptima (*que tiende a favorecer el plagio*), es decir, si hay incentivos a la innovación. De cualquier manera la imitación no necesariamente es ilegal: hay conocimiento de uso libre que no es obsoleto sino que simplemente no fue protegido en el país.

Desde el inicio de la Ronda Uruguay las negociaciones partieron de distintas concepciones sobre la propiedad intelectual. Los países en vías de desarrollo tuvieron como propósito "... asegurar la difusión de tecnologías mediante mecanismos formales e informales de transferencia. El crecimiento de la base industrial de esos países ha dependido fuertemente –y lo seguirá haciendo– de los flujos de tecnología del exterior (Becerra Ramirez, 2011, págs. 213-246). *Por otra parte, esos países pueden contribuir al perfeccionamiento y superación de tecnologías preexistentes, especialmente mediante innovaciones incrementales e ingeniería inversa legítima*" (Correa, 1998, pág. 24).*

III. ¿A dónde queríamos llegar?

De acuerdo con Daniel Price, negociador del capítulo de inversión por parte de los norteamericanos, citado por Víctor Carlos García Moreno, "(...) las barreras de inversión deben ser consideradas como barreras al comercio, por ello, en opinión del autor, era esencial la creación de un capítulo especial que regulara todo lo relacionado a la inversión.

El autor, señala que el multicitado capítulo XI tiene tres objetivos primordiales:

- Establecer un ambiente seguro de inversión a través de la elaboración de reglas claras para el trato justo de la inversión extranjera y de los inversionistas extranjeros.
- Eliminar las barreras a la inversión a través de la supresión o liberalización de restricciones existentes al respecto.
- Crear un medio eficiente para resolver las controversias que puedan llegar a existir entre un inversionista y el país que recibe la inversión" (Cruz Barney, 2008).

El artículo 27 constitucional adoptó la visión de la Escuela Clásica Española, que atribuía a la Corona la propiedad originaria y el dominio directo de todos los bienes de sus colonias, en este caso, la Nueva España o México, en los términos cronológicos en que estamos hablando.

* Nota: Las cursivas son del autor.

Si bien esa redacción corresponde a la Constitución vigente, el texto constitucional ha tenido visiones mucho más liberales como lo fue el texto del artículo 27 de la Constitución de 1857, que asimilaba los derechos de propiedad a la pre-existencia que debía ser reconocida por el Estado. Esa visión, sin duda, es la relacionada por quienes comprenden –en el sentido de fusionar– los derechos de exclusividad de la explotación de una patente con los derechos de propiedad (Cruz Barney, 2008).⁷

Al respecto, cabe argumentar que “(...) los derechos que se otorgan al inventor, sus derechos subjetivos derivados de la invención, nacen de la decisión legal, del reconocimiento de un derecho personal. Como contraparte, si se acepta que se trata de un derecho natural preexistente, que la ley no crea ni otorga, sino que solo lo “reconoce” y que ese derecho es un derecho de “propiedad”, es el legislador quien tiene que fundamentar cualquier límite que pretenda fijar el derecho del inventor” (Pérez Miranda R. , 1994, pág. 30).

La apropiabilidad supone una discusión distinta a las connotaciones jurídicas del Derecho, ya que no se pronuncia sobre el atributo de exclusión a terceros del titular de la propiedad, sino que se inscribe más en una perspectiva económica que está presente cuando hay que definir derechos de apropiación sin definir el carácter de propietario, es decir, cuando se trata del derecho de propiedad indefinido pero que la ley le permite reducir los costos de transacción en materia de distribución de dividendos.⁸

Por lo tanto, creemos que no es una solución jurídica tan sencilla asimilar lisa y llanamente el derecho de exclusividad propio de las patentes porque el nacimiento de éste, derivado de su valor intangible inmaterial, depende del reconocimiento del Estado, por más que después de ello se desprendan una serie de derechos para el titular de la patente y de obligaciones para el Estado. La patente sería, así, un acto jurídico –condición que determina la aplicación de un régimen jurídico general a un caso particular de lo que se deduce que la protección del conocimiento es una expectativa de derecho para cuya verificación se requiere la voluntad del Estado. Con ello, se asemeja más a la lógica de la concesión que a la de propiedad privada.

⁷ En la Ronda Uruguay, los países en desarrollo mantenían la postura de llegar a un acuerdo sobre propiedad intelectual y apropiación hasta 1989.

⁸ La propiedad desde el punto de vista de su racionalidad económica, está orientada por los siguientes criterios: Universalidad (todo bien o atributo valorable debe ser objeto de titularidad por parte de alguna para evitar el uso excesivo del mismo); Exclusividad (consistente en la evitación de que otros puedan tener ese mismo derecho); Carácter absoluto (todo bien o derecho susceptible de apropiación debe ser apropiado); Transferibilidad (hay que facilitar la posible transmisión de los derechos desde quien lo valore menos a quien lo valore más).

Algo sobre el derecho mexicano

El alcance de la visión constitucional para la protección del conocimiento tiene varias aristas que es necesario considerar: a) se trata de un privilegio otorgado por el Estado en un acto de *imperium*; b) se encuentra sometido a un plazo determinado, es decir, a un límite de tiempo; c) se trata de un derecho de uso exclusivo, es decir, de disfrute, por lo que en principio resulta muy semejante a la figura de la concesión que ya hemos examinado.

En esa tesitura, habría que revisar los antecedentes de una y otra instituciones para decidir la caracterización y la relación que nos interesa: la naturaleza económica del conocimiento y su cosificación para efectos de su protección jurídica, ya que hasta ahora el escrutinio constitucional solo arroja visiones sobre los derechos de apropiación y de exclusividad, pero no de las operaciones económicas a las que responde: la innovación y el desarrollo tecnológico.

La adopción del régimen de propiedad plurimorfo fue un esfuerzo para conciliar una visión jurídica liberal moderna, con otra pre-moderna. La Escuela Clásica Española de la cual se adoptó la idea de propiedad originaria de la Corona (Estado) respondiendo a la Reforma Borbónica iniciada a finales del siglo XVIII en las colonias españolas en América y que consistió en recuperar para la Corona los estancos (monopolios) que habían sido concedidos a corporaciones o a particulares, mediante una merced real en algunas actividades que originariamente correspondían a ésta, a la Corona (nieve, especies, sal, etc.). El visitador de Gálvez, viajó a la Nueva España para hacer valer la legislación indiana. Si bien ese espíritu se perdió con la Independencia y con las sucesivas Constituciones y Bases Constitucionales, en 1917 se recuperó para reexpresar la noción de propiedad originaria del Estado y de la propiedad privada como una forma derivada de aquélla.

Por otro lado, la Constitución de 1917 adoptó en su artículo 28 la fórmula liberal de prohibir los monopolios, para cuyo efecto distinguió a algunos que estaban permitidos y cuya referencia no es útil para este análisis, de otros que están prohibidos. Esto es, la perspectiva de autorizar privilegios en exclusiva para los inventores es absolutamente liberal, aunque sea solución contraria a la competencia.

En México el otorgamiento de una patente y el ejercicio de los derechos de exclusividad que supone para su titular, históricamente se relacionaron con instituciones jurídicas pre-modernas anteriores a la propiedad privada.

Pérez Miranda apunta:

“La eliminación de los monopolios en la etapa de desarrollo del capitalismo no afectó al régimen de las patentes que logró consolidarse como excepción de la legislación inglesa; la naciente burguesía de ese país pretendía limitar el poder absoluto de los monopolios que en parte se traducían en el otorgamiento de privilegios y monopolios como fuente de rentas o muestras de reconocimiento y favoritismo. Lograron así que Jacobo I promulgara el Estatuto de los Monopolios en 1624, el cual precisa ciertos puntos que aún perdu-

ran en la legislación sobre patentes: el privilegio se otorga al primer inventor, por plazo determinado (14 años) y siempre que no provoque daños a la política económica estatal elevando los precios o dañando el comercio” (Pérez Miranda R. , 1994, pág. 2).

Para Douglas C. North, la Revolución Industrial fue posible que naciera en Inglaterra en la segunda mitad del siglo XVIII porque fue ahí donde se crearon las instituciones que iban a permitir a los inventores garantizar sus derechos de propiedad sobre sus creaciones (Sala, 2008). Ese derecho nació en Inglaterra como una condición política originada por una severa oposición a los monopolios (Acemoglu & Robinson, 2013).⁹

No es propósito de este ensayo revisar el entorno de la Revolución Industrial. Sin embargo, no puede pasar desapercibido que la existencia de un sistema robusto de protección del conocimiento es indispensable para fomentar la innovación, en la perspectiva de que a la invención se la respetarán los derechos de propiedad: le corresponde al Estado crear, tanto las condiciones que permitan a los agentes tecnológicos producir innovación, como la aplicación efectiva del régimen de protección a sus derechos para aprovecharla en exclusiva.

Sin embargo, con esas reflexiones North apunta a otras dos condiciones perturbadoras: a) los derechos de propiedad intelectual son los que tiene el propietario de una idea o de una invención a que nadie se los copie (o sea el derecho de exclusiva lo ve como una obligación de no hacer para los terceros); b) el derecho de propiedad intelectual es un régimen *sui-generis* que trata a las invenciones y a las ideas como si fueran bienes normales, no bienes públicos por lo que deben tener un trato especial.

Como una conclusión provisional, podríamos apuntar a que los sistemas de protección a la propiedad industrial que hemos revisado –monopolios o propiedad- parecen confundir el fin con los medios y los aspectos formales –jurídicos- con los contenidos (Morales Elcoro, 2010).

En esa línea de pensamiento formal, en cierta visión excesivamente liberal Morales El coro apunta: “En la legislación mexicana, se puede señalar una clara coincidencia entre ambas ramas del derecho con el propósito de eliminar las restricciones al fundamento eficiente de los mercados. Una restricción incuestionable al funcionamiento eficiente de los mercados es la *falta de apropiabilidad* de los beneficios derivados de la innovación. Si una parte de los frutos de la inversión en I&D no puede ser apropiada por el innovador, el esfuerzo en innovación será subóptimo desde el punto de vista social. El reconocimiento de los

⁹ Para estos autores, hay una clara relación entre las instituciones políticas y económicas que permiten o no el crecimiento y la prosperidad. Apuntan que la Revolución Industrial fue posible en Inglaterra porque la burguesía emergente y los productores agrícolas pudieron limitar al monarca en su facultad de conceder arbitrariamente “cartas de patente” a quien quisiera, con lo que concedía derechos exclusivos para llevar a cabo actividades o negocios concretos. “La revolución industrial empezó y tuvo su mayor avance en Inglaterra debido a sus instituciones económicas especialmente inclusivas creadas por la Revolución gloriosa. Fue esta Revolución la que reforzó y racionalizó los derechos de propiedad, mejoró los mercados financieros, socavó los monopolios aprobados por el Estado en comercio exterior y eliminó las barreras para la expansión de la industria”.

derechos derivados de una patente, no es en este sentido distinto al reconocimiento de cualquier otro derecho de propiedad.

¿Qué sentido tiene impulsar un andamiaje complejo de instituciones para producir patentes que no son reconocidas por el mercado?, ¿cuál es la fórmula correcta para producir incentivos a la generación de conocimiento novedoso cuando hay un mercado oligopólico?, ¿cómo puede contribuir una solución jurídica basada en la protección del derecho de exclusividad, a favorecer la función económica de la innovación? Si tuvimos un impulso modernizador con la liberalización de la economía y la apertura comercial que debían crear condiciones de competencia, ¿por qué no se ha reflejado en el número de solicitudes de patente de mexicanos?

Hasta aquí, he tratado de aportar los elementos de juicio necesarios para explicar la necesidad de plantear esas preguntas: están encaminadas a proponer un debate distinto al título del ensayo, pero lo cierto es que tenemos que revisar las consecuencias y perspectivas de haber impulsado un acuerdo comercial con Estados Unidos y Canadá suponiendo que nuestras instituciones jurídicas y políticas podían soportar la liberalización de la economía en la cual la propiedad intelectual fue un indicador cuantitativo muy revelador: si los términos del intercambio funcionaran a 20 años de la firma del TLCAN, para México se hubiera traducido en la generación de conocimiento innovador y, consecuentemente, en un proceso muy activo de transferencia de tecnología. “ (...) “la sustitución del modelo de economía cerrada, de un intervencionismo estatal con fuerte justificación social, por un modelo de mercado que emprendió una transformación de la organización estatal, de relaciones con la sociedad y con el resto de los países, trajo consigo modificaciones sustanciales al derecho positivo en esas materias” (Roldan Xopa, 2004), las cuales, en cuanto a propiedad intelectual se refiere, no provocan la conducta socialmente deseada en los términos de las relaciones que nos interesan entre la protección del conocimiento y la innovación. En rigor, ese es el debate que ha estado implícito en la lógica de reforzar el régimen de protección de ésta confundién-dole (en el sentido de fusionar, otra vez) con el de propiedad y extendiéndolo en virtud del TLCAN a significarlo como inversión intangible.

Me parece que la dinámica que adquirió desde el principio esa relación (1986-1994) revela los aspectos que estructuralmente han impedido que tanto la adecuación de la legislación interna para prepararla a aprovechar el comercio internacional y el libre intercambio de mercancías como la utilización de la racionalidad del mercado, fueran factores de desarrollo económico efectivo y no, como ha sido, facilitadores de una enorme dependencia tecnológica y es que el carácter esencialmente extractivo de nuestras instituciones políticas y económicas no fue percibido como una condición insuperable: pareció que la inercia modernizadora por sí misma –a manera de conjuro- iba a modificar el acomodo de intereses de los factores de poder, desacostumbrados y renuentes a la competencia.

Dejemos de lado, por un momento, la consideración de cuál es y era, (con el TLCAN) el nivel eficiente de protección del conocimiento, por un lado, y de que la propiedad industrial se considere como una mercancía que debe circular mer-

cantilmente como resultado exitoso de una inversión dado su componente inmaterial reconocido por el mercado, y por otro, centrarnos en deducir los elementos de tensión que supone utilizar una figura contraria a la libre competencia por su carácter monopólico y exclusivo, como es la patente, para ser utilizada por los agentes económicos como instrumento de generación de renta, ya que al fin y al cabo el conocimiento entra de esa manera a un circuito económico que obedece a sus propias reglas e incentivos: la economía del conocimiento. Sin lugar a dudas, el conocimiento, la tecnología y las ideas son bienes públicos, lo que significa que pueden caracterizarse de manera diferente a los bienes normales o clásicos, y por tanto deben recibir un trato diferente a éstos. En esa perspectiva, se describen porque pueden ser consumidos simultáneamente; no se extinguen con su uso; y, sobre todo, los usuarios siempre están interesados en obtenerlos gratuitamente. Por ello, cuando un particular genera un bien público espera recibir una compensación o retribución social ya que tarde o temprano, la colectividad resultará beneficiada.

Por tanto, el Estado debe decidir cuál será la naturaleza y alcance de la protección que debe conceder a ese bien para garantizarle que puede ser producido y aprovechado privadamente. Si no otorga el nivel esperado de protección jurídica y la hace valer, no habrá incentivos para que se siga innovando, pero si se excede desalentará las iniciativas innovadoras para futuros interesados en obtener renta como resultado de su aptitud inventiva: un sistema de patentes atribuye a quien innova el derecho a ser el único explotador del invento, crea un monopolista.

En el otro extremo; sin embargo, ese talante le permite al monopolista fijar los precios de ese bien porque no está sujeto a la falta de disciplina del mercado, creando una tensión entre la necesidad de conceder derechos de manera monopólica a partir de la propiedad intelectual y además de la necesidad de fomentar la competencia de precios. "(...) Establecer el balance correcto y evitar abusos no es sencillo: la sobreprotección de una innovación actual puede desalentar innovaciones sucesivas mientras que una protección insuficiente, si bien beneficiaría a corto plazo a los usuarios, desalentaría a la larga la innovación, dañando en última instancia al público en general" (Morales Elcoro, 2010, pág. 48).

Sin duda, el Estado debe decidir cuál es el alcance de su intervención para corregir las fallas del mercado en la generación de conocimiento, en medidas que oscilan entre favorecer un entorno de protección que no puede ser ni laxo ni demasiado estricto y es por ello que deberíamos intuir que debe existir otro elemento cuya presencia debe ser favorecida por el Estado para conciliar los inconvenientes de la dialéctica monopolio-mercado en cuanto a regulación se refiere: la competencia. Como apunta Morales Elcoro, "la evidencia internacional comparada resulta incontrovertible: mayor competencia estimula la innovación y alienta una mayor productividad" (Morales Elcoro, 2010, pág. 48). La ausencia de condiciones para competir asfixia el interés por innovar.

Al respecto, Joseph Schumpeter ("Capitalismo, socialismo y democracia") advirtió que si se quería promover el desarrollo tecnológico lo que había que hacer "(...) era crear instituciones que protegieran a los innovadores de la competencia de

precios pero que les *incentivaran a practicar la competencia de innovaciones (...)*" (Sala, 2008, pág. 80). Este proceso de *destruir* los beneficios de la competencia a base de *crear conocimientos superiores* pasó a ser conocido como "destrucción creativa",¹⁰ de la cual hablaremos posteriormente, por ser una comprensión importantísima de la naturaleza de las políticas públicas que debió impulsar el país cuando trasladó el sistema de protección de patentes de privilegio a derecho de propiedad.

Para completar su visión de la dialéctica monopolio-competencia, expresó:

"Ahora bien hay que tener en cuenta que eso significa que el inventor (o el propietario de la patente, en caso de que el inventor se la haya vendido) debe tener el derecho a ser el único explotador del invento. Es decir, debe obtener el monopolio de su invento. Vemos pues, que en la economía de las ideas un cierto grado de monopolio no está mal, sino que es necesario para que haya progreso tecnológico. Ahora bien, estos derechos de monopolio deben ir acompañados de la disciplina que conlleva la competencia tecnológica e innovadora. Esto es, se debe crear un marco en el que haya competencia de ideas y no competencia de precios" (Sala, 2008, pág. 81).

Una segunda conclusión provisional apuntaría a afirmar que la innovación en México –o quizá sea preciso señalar que la innovación de mexicanos- se ha desplegado de manera fragmentada lo que ha separado la secuencia de la cadena de valor que inicia en la generación de conocimiento aplicable y termina en el mercado: antes y después del TLCAN, la baja patentabilidad responde a la ausencia de incentivos a competir.

Si antes de 1986 nos propusimos no confrontar la competencia del exterior para ajustar el crecimiento económico al dinamismo de la industria como sinónimo del progreso, el ingreso al GATT significó una ruptura de un modelo de desarrollo hacia adentro. La apertura comercial funcionó en un entorno en el que la política industrial sería guiada por el mercado para permitir que la creación destructiva procurara las mejores prácticas y el desarrollo y aplicación de nuevas tecnologías que nos permitieran atraer inversión en atención a nuestras ventajas competitivas. Aunque me referiré a eso en el siguiente apartado, el impacto que esta visión representó a la conformación de una economía monopólica u oligopólica que por ende, no necesita competir, la regulación de la propiedad industrial contribuyó a facilitar la concentración de capital en favor de las empresas extranjeras en atención a que se aplastó la capacidad imitadora (*catching-up*) que tanto incomodaba antes del TLCAN a los países desarrollados.¹¹

¹⁰ Algunas traducciones le llaman "construcción destructiva", lo cual sólo refleja el contenido dialéctico de la economía de las ideas, basada en la función económica del derecho de exclusividad.

¹¹ Quisiera agregar que los países que formularon una línea de política industrial complementada con una estrategia de absorción tecnológica basada en la imitación (China, India, Corea del Sur) hoy crecen a tasas de dos dígitos. México ha crecido en las últimas dos décadas, un promedio del 1.2% sobre el PIB.

Lo quisiera reexpresar de esta manera: el modelo jurídico que nuestro país adoptó con el TLCAN para dar garantías y seguridad jurídica a la inversión extranjera directa que se ajustaba al modelo de política económica reservado a los países en vías de desarrollo que, como el nuestro, habían agotado su estrategia de crecimiento basada en el gasto público, al final -20 años y muy pocas patentes después- no contribuyó a responder a las pretensiones del TLCAN porque se limitó a favorecer el ingreso de capitales en los términos que tanto el capítulo XI del TLCAN como la Ley de Inversión Extranjera preveían para el comercio e inversiones de nuestros socios comerciales abandonando el ejercicio de las facultades de promoción de la competencia de las innovaciones: su funcionamiento se significa por la captura del regulador, en la medida que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) se ha convertido en un órgano privilegiadamente registral de patentes extranjeros y, especialmente, incrementales, y periféricas, por una parte, y fiscalizador, por la otra.¹²

El IMPI ha rehusado adoptar un papel más activo como facilitador del mercado, lo cual es explicable en función que su papel es el de reconocer la novedad inventiva proveniente de cualquier fuente, nacional o extranjera y concederle la certidumbre necesaria al inversionista, lo que ha traído la doble consecuencia de facilitar el uso de las patentes extranjeras para inhibirla competencia basada en la innovación (creación destructiva) y el abuso de las patentes incrementales para obtener ganancias excesivas basadas en la naturaleza del monopolio. En su creación el IMPI, fue concebido para favorecer el modelo de protección propiedad industrial -inversión extranjera- por lo que funciona como un órgano público capturado estructuralmente por el regulado: no puede imponer políticas de fomento porque fue destinado a registrar, no para incidir en el mercado. Es una función que cumple sobradamente, especialmente en la administración actual: otorga cada vez más patentes incrementales y/o de segundo uso. Queda en duda la juridicidad de esa disposición tan generosa, violatoria de la lógica de la formalidad pero explicable en función de la opacidad del protocolo para otorgar una patente o una marca ya que queda a la discreción de un burocrata: el título del IMPI.

¹² Como se sabe, la protección de la propiedad industrial es territorial, es decir, lo que no se protege en un país, es un conocimiento de dominio público. En México, hay más de 70 millones de patentes de uso libre (no necesariamente con tecnología caduca, en virtud de la fecha de patentamiento, sino que, simplemente no fueron protegidos en el país). Sin embargo, para la autoridad registral (hablaremos en sentido amplio, ya que la patente implica el reconocimiento de la novedad) la dimensión de su actuación se limita a garantizar la seguridad jurídica para la explotación -el derecho de exclusividad- pero no a favorecer la "creación destructiva" del conocimiento, debido a las causas que hemos mencionado.

Fallas de mercado y fallas de gobierno

El nivel de patentamiento no varió significativamente al pasar de una economía cerrada y protegida impulsada por un Estado intervencionista promotor de un modelo de desarrollo económico basado en la política industrial sustitutiva de importaciones, a un modelo de economía abierta liberalizada y promotora del ingreso de capital extranjero, impulsada por un Estado que se abstuvo de proponer una política industrial que dejó que el mercado funcionara en la perspectiva de que la exposición a la competencia internacional se convertirá en el incentivo estructural para fomentar la eficiencia y la competitividad de la industria, lo que no deja de ser significativo por lo menos para suponer que ni la estrategia sustitutiva de importaciones ni la integración comercial han creado incentivos para generar conocimiento, para lo cual sería interesante revisar cómo opera el uso de la tecnología en nuestro sector manufacturero, por lo menos.

Es evidente que la creación destructiva, imaginada por Schumpeter, no ha sido un factor relevante para nuestra política industria por lo que habría que apuntar algunas hipótesis: a) la absorción tecnológica de las empresas mexicanas es pasiva, es decir, adquirida en el mercado porque no tienen capacidad o interés en innovar; b) si la industria llega a producir innovación no la protege porque no puede o no quiere escalarla comercialmente; c) no la protege porque tiene aversión al riesgo del plagio.

En cuanto a la primera, puede decirse que el proceso de modernización de la economía, vía la apertura comercial y la instalación de nuevas empresas con capital extranjero, no fue concebido para que hubiera transferencia efectiva de tecnología hacia las empresas mexicanas que ya estaban instaladas en algún subsector industrial. La prioridad que se concedió al mercado externo, sin considerar que una parte muy significativa de la industria nacional no estaba preparada para enfrentar exitosamente el nuevo ambiente de competencia internacional, dejó la actividad global exportadora a los extranjeros con lo que se perdió la integración para la producción industrial nacional. Paradójicamente, la industrialización sustitutiva de importaciones permitió a algunas empresas el desarrollo de capacidades productivas y tecnológicas propias que se extinguieron en esa dinámica.¹³

Sin embargo:

“La presencia de procesos de producción global en una economía, aún cuando la producción no corresponda a bienes tecnológicamente avanzados, no significa crear en ella capacidades productivas y tecnológicas” (Capdevielle & Flores Salgado, 2006).

¹³ Hasta antes de la comercial había en manufacturero más o dinámico. Si bien no estaba, sí lo había para satisfacer el mercado interior y tecnológicamente tenía desarrollado cierta capacidad de imitación.

Aunque esa dinámica es atribuible a la mundialización de la economía, en nuestro país la destrucción de los eslabonamientos productivos y la sustitución de productos finales por importaciones se debió a la naturaleza específica de la relación comercial con los Estados Unidos. El crecimiento acelerado de su economía favoreció el desplazamiento a México de algunos segmentos de su producción industrial, cuya ubicación fue facilitada porque, a pesar de nuestra estrategia de mercado cerrado, no teníamos una planta productiva nacional robusta en el segmento de bienes de capital.

Esa dinámica regional coincidió con la inercia que adquirió la mundialización: la globalización comercial industrializó a Asia pero desindustrializó a otros países que, como México, sufrieron la destrucción de su tejido productivo, debido a una baja competitividad en el precio, ya que las economías asiáticas pueden ofrecer mercancías a un precio más bajo. Debido a eso, “(...) en México y en varios países centroamericanos la industrialización se ve truncada. Las exportaciones se destinan sobre todo a Estados Unidos y se componen, en su mayoría, de bienes ensamblados con muy poco valor agregado”, como afirma Pierre Salama (Pierre, 2012).

En perspectiva, la apertura de la economía representó un severo impacto que creó dos estructuras industriales distintas que obedecieron a una dinámica y mercado diferentes: las empresas locales, con un bajo ritmo de crecimiento, con baja integración nacional a la producción global, especializadas en segmentos intensivos en la mano de obra calificada y las empresas globales, casi todas transnacionales, orientadas a la manufactura –o más bien, ensamble– para la exportación, importadores de bienes intermedios y productos finales que no han impulsado el desarrollo de capacidades productivas y tecnológicas en México.

“Existen cambios tecnológicos en los procesos productivos y en los productos elaborados por los productos elaborados por los precios globales. Que esto ocurra en México, en algunos eslabones de la cadena de producción global, no representa, sin embargo, agregar mayor valor a la producción de dichos eslabones, porque el dominio de la tecnología y la capacidad productiva pertenecen a las empresas globales que poseen también la capacidad organizacional que les permite desplazarse geográficamente con gran facilidad para reducir costos (Capdevielle & Flores Salgado, 2006, pág. 144).

Como afirma Tim Harford “Los países ricos comercian principalmente entre ellos” (Harford, 2006).

Por lo que se refiere a la segunda hipótesis, habría que admitir que es posible que las innovaciones realizadas con motivo de actividades productivas no sean protegidas porque el titular prefiere aprovecharlas o bien, como si fuera modelo de utilidad, –en el caso de los productos– o como secreto industrial –en el caso de los procesos–, limitando su uso a su propia esfera de producción. Si bien, puede considerarse que lo impulsa un cierto propósito subjetivo, también se puede pensar que percibe, subjetiva u objetivamente, las barreras de entrada al mercado en la que suelen encontrarse no solamente incentivos ocultos, sino

incluso, perversos también, que elevan los costos de transacción para escalar comercialmente una invención.

En México tenemos una economía llena de distorsiones y poco competitiva, no sólo atribuible a su carácter monopólico u oligopólico, sino también a un entorno poco propicio para generar riqueza basada en la competencia: “Los empresarios mexicanos en general han tenido pocos incentivos para promover la investigación e innovar. En vez de buscar “monopolios temporales” a través de la innovación, es más probable que procuren proteger sus privilegios en el mundo político y legal. Estos privilegios se sostienen debido a que la mayoría de los sectores económicos de México dominan unas cuantas empresas, y la autoridad que regula la competencia tiene pocos recursos para enfrentarlos (El subrayado es mío). (Elizondo Mayer Serra, 2011)

En rigor, estamos hablando de fallas de mercado en el que la intervención del Estado no ha sido eficiente para corregir la aversión al riesgo que los agentes económicos perciben para dar a conocer los elementos distintivos de sus invenciones y que de alguna manera publicitan al describir sus reivindicaciones. Se muestra consistentemente en el número de solicitudes de patentes de mexicanos recibidas y el número de otorgadas, es decir, en la tasa de rechazo: en 1993 de un total de 8,212 recibidas, solo 553 fueron de mexicanos, y de éstas fueron concedidas 343. En el año 2012, se recibieron un total de 15,314 solicitudes, de las cuales 1,292 fueron de nacionales y de las 12,330 otorgadas, solo 281 fueron para mexicanos (Guerrero Castro).¹⁴

Por lo que se refiere a la tercera hipótesis, la revisión deberá apuntar a la naturaleza de las instituciones políticas y económicas, en general, y de la propiedad intelectual mexicana, en particular. De las primeras hablaremos posteriormente, pero de las segundas podríamos decir que, siguiendo la línea discursiva de Douglas C. North, que las economías que adoptan las reglas formales de otro sistema económico (en este caso, la protección del conocimiento como propiedad y como inversión), “(...) tendrán características de desempeño muy diferentes debido a las distintas normas informales y su aplicación. Esto implica que la transferencia de reglas políticas y económicas formales de economías de mercado occidentales exitosas hacia economías del tercer mundo o de la Europa Oriental no es una condición suficiente para una buena marcha económica” (North C., 1993).¹⁵ Si, como hemos venido insistiendo, el nivel de patentamiento ha sido igualmente bajo antes y después de la entrada en vigor del TLCAN –y antes y durante la presencia del IMPI-, ¿cuál es el verdadero papel que el Estado

¹⁴ La información proviene del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y fue elaborada por Rodrigo Armando Guerrero Castro, con base en los anexos estadísticos del Instituto. Véase GUERRERO CASTRO, Rodrigo Armando. “Propuesta metodológica de análisis de competitividad de la economía mexicana a través de la producción de conocimiento patentado por entidad federativa (1993-2012), que servirá para guiar nuestro análisis.

¹⁵ Conferencia dictada, con motivo de la entrega del Premio Nobel de Ciencias Económicas, que le fue concedido.

tiene que cumplir en relación con la protección del conocimiento? ¿su creación y funcionamiento obedecen a la intención de proteger y fomentar la inventiva de los mexicanos? ¿representa un papel relevante en la estrategia de crecimiento del país? Las barreras de entrada más importantes de los productos y procesos novedosos se deben al mercado, dada la poca disposición a pagar por éstas. Sería razonable suponer la necesidad de regular el mercado –interior– para que la innovación fuese factor de competitividad. Sin embargo, lo cierto es que al Estado mexicano no parece interesarle la suerte de las empresas nacionales orientadas al mercado interno (North C., 1993).

Ese acomodo de las instituciones ha sido tradicionalmente cuestionado por la insuficiencia de los fondos públicos para favorecer la investigación por la desvinculación de la academia con la empresa, la baja demanda agregada de tecnología, la heterogeneidad estructural de la industria y por su baja absorción tecnológica, entre otras causas. Pero “(...) a las instituciones hay que entenderlas no como meras estructuras burocráticas sino como un conjunto de reglas que reflejan una correlación de fuerzas y que promueven distintos tipos de comportamiento (...). Son consecuencia de los equilibrios políticos del pasado y que se sostienen por los equilibrios políticos del presente” (Elizondo Mayer Serra, 2011, pág. 36). Al respecto, North, interesado en revisar por qué las economías que toman una vía de crecimiento o estancamiento tienden a persistir en ella, apunta:

“(...) No es que el mal desempeño sea inadvertido por los dirigentes. Más bien, la dificultad de darle otro giro a las economías está en relación con la naturaleza de los mercados políticos y, de manera subyacente, con los sistemas de creencias de los actores”.

Carlos Elizondo dice:

“El gasto privado en investigación y desarrollo corresponde apenas a 0.17% del PIB, el más bajo entre los países de la OCDE. El financiamiento de la industria privada representa menos de la mitad de lo que México gasta en investigación, 45.1% del total, mientras que el promedio de los integrantes de la OCDE es de 64.2%. Probablemente esto se explique porque en México un monopolio basado en los privilegios de no tener competencia es más barato y duradero que uno basado en la innovación, que puede volverse obsoleto pronto si alguien más es capaz de lograr un mejor invento (Elizondo Mayer Serra, 2011, pág. 157).

Por ello, el promedio anual de patentes solicitadas por mexicanos en el periodo 1993-2012, fue de 617 y de otorgadas, de 178. En realidad, habría que preguntarse si la magnitud del gasto público en relación con la inversión privada es determinante para crear incentivos positivos a la innovación y al interés de protegerla por parte del innovador, ya que la proporción del gasto de uno y de otro no está relacionada con la información de cuántas patentes otorgadas llegan efectivamente al mercado y cuántas de ellas son producto más del impulso del titular que de la identificación de la tecnología, o bien, cuántas de ellas solo

obedecen a variaciones incrementales de la invención inicial, solicitadas con el único propósito de frenar la entrada de nuevos competidores. De cualquier manera estaríamos en presencia de otra falla del mercado: asimetría de la información. Debido a ésta, el mercado no puede asignar eficientemente recursos porque la oferta no necesariamente responde a la disposición a pagar.

Ello, puede observarse en el comportamiento de la balanza comercial, en el que la producción de conocimiento patentado en México –por parte de extranjeros- ha tenido alguna injerencia en un comportamiento deficitario. De 1990 a 2011, sólo ha tenido superávit en el periodo 1995-1997 atribuible a la devaluación del tipo de cambio en 1994.¹⁶

Para Guerrero Castro, el déficit histórico de la balanza comercial “(...) se explica por el aumento de las importaciones de los productos finales, muchos de ellos, antes de la apertura comercial, no podían entrar al país. Las áreas tecnológicas que presentan mayor actividad relacionada con la producción de patentes son la química y la metalurgia, técnicas industriales diversas y artículos de uso y consumo.

En cuanto a los periodos, en donde se centra la actividad innovadora por áreas tecnológicas, propiamente de artículos de uso y consumo es en 2006-2010, mientras que la química y la metalurgia en 2001-2005. Esto quiere decir que en estos años, a muchas empresas en su mayoría extranjeras, se les otorgó o solicitaron patentes” (Guerrero Castro, pág. 8).

Una de las prácticas más socorridas en México es la de solicitar patentes como una estrategia de defensa del nicho de mercado obtenido por el uso exclusivo. Generalmente, se hace de dos maneras: o bien, a partir de patentes periféricas, es decir, que se derivan de un conocimiento radical o disruptivo original y cuya vigencia tiende a agotarse, pero se renueva formalmente siguiendo la llamada figura del “segundo uso” que, a pesar de los criterios formalistas que el IM-PI ha aplicado al respecto, no cumplen de ninguna manera con lo previsto por la fracción VIII del artículo 19 de la Ley de la Propiedad Industrial, o bien se solicita únicamente con el propósito de que nadie pueda utilizar ese conocimiento, pero sin tener la intención de explotarla y producirla efectivamente en México.

Por tanto, es muy probable que el patentamiento en México se determine por el comportamiento de las importaciones.

IV. ¿Cuál es la agenda pendiente?

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha propuesto una estrategia de innovación y propiedad intelectual para México, que esencialmen-

¹⁶ Véase el comportamiento de la balanza comercial, exportaciones e importaciones 1990-2011.

te propone revisar el rendimiento de la economía mexicana y la contribución formal de la innovación al desarrollo económico; el sistema de innovación mexicano y el sistema de PI. para estimularla, y, algunas recomendaciones en materia de políticas públicas.

Aunque no coincidimos con la percepción de la OMPI sobre la interpretación y alcance que le da a ciertos datos y valores estadísticos, seguiremos el guion que propone para contrastarlo, cuando sea oportuno, con la visión que hemos sostenido en este ensayo: en materia de propiedad intelectual en México no ha habido una estrategia de “construcción destructiva” basada en la competencia de la innovación, debido a desajustes estructurales de la economía que no variaron al incrementarse el intercambio comercial con los socios del TLCAN.¹⁷

En esencia propone:

— La economía mexicana debe trascender la llamada “Trampa de los ingresos medios”, que supone un fenómeno en el que un país que ha conseguido crecer hasta ser considerado en un estatus de ingresos medios, pero no consigue atraer el tipo de actividades económicas asociadas a un país de ingresos altos. Para la OMPI el PIB real de México ha crecido a un ritmo del 2.3% promedio anual en el periodo 1995-2008. Atribuye al TLCAN que el país haya “(...) experimentado una rápida integración en la economía global, al aumentar el valor de sus exportaciones más sus importaciones, como porcentaje del PIB del 29.6% en 1993 al 62.1% en el 2010”, según datos extraídos de Indicadores de Desarrollo Mundial de Banco Mundial, lo que nos coloca en la tesitura de generar y usar nuevas tecnologías, aprovechar economías de escala y aplicar nuevas prácticas de organización y gestión a fin de introducir nuevos productos y servicios como fuentes de crecimiento.

Apunta que México puede hacerlo si logra convertirse en una economía innovadora –absorbiendo ideas y poniéndolas en uso de forma eficaz en la economía doméstica.

— El aprovechamiento de los sistemas de innovación para sustentar la actividad inventiva y el desarrollo y la comercialización de nuevas ideas, aprovechando el potencial para competir en ciertas esferas y, distinguiendo entre los que denomina “ecología de conocimiento”, a la que define como un conjunto de instituciones y organismos de todo tipo deducidas a producir, diseminar y hacer uso de conocimiento nuevos y superiores, de los sistemas de innovación, en la medida que mientras aquélla genera y propone conocimiento, éste debe traducirlo en una innovación reconocida por el mercado.

¹⁷ Véase, *Hacia una estrategia: de innovación y propiedad intelectual para México*, publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en febrero de 2012, del cual se resumen estas consideraciones.

El reto sería asegurar la producción de conocimiento útil y protegible por parte de las organizaciones que forman parte de la “ecología del conocimiento” para cubrir todas las esferas del conocimiento especializado.

- La promoción de diferentes tipos de innovación como estrategia tecnológica que supone que, sin distraerse de la generación de actividades orientadas a atender las necesidades globales dirigidas a la exportación, conviene producir una innovación con orientación local que, aun siendo menos llamativa, permitirá al país desarrollar la llamada “capacidad de absorción”¹⁸ y en el uso y desarrollo de tecnologías de uso general.¹⁹ La idea es propiciar un efecto de diseminación denominado “derrame de conocimientos”, para atender a la demanda local. La política de innovación de México, así, no debe estar dirigida sólo a incrementar la I+D total, sino a incentivar la innovación local, el desarrollo de la capacidad de absorción y tenga impacto en la productividad de muchos sectores de la economía local.
- Desarrollar un enfoque de innovación tecnológica que entienda que no todos los actores del sistema se mueven en la misma dirección, pero son sensibles a las áreas de oportunidad que se desprenden por segmento de conocimiento por región, de tal manera que se haga a manera de “especialización inteligente”, a fin de contribuir a crear una visión estratégica de una economía regional que apoye acciones colectivos.
- Crear y, en su caso, fortalecer la transferabilidad del conocimiento proveniente de las universidades hacia las empresas –o sector privado como las denominadas a través de varios mecanismos: los directores, centrados en la disponibilidad de los investigadores y de denominación de conocimiento básico o aplicados dentro de las universidades y centros públicos de investigación e indirectos soportados por organismos intermedios, llamados organizaciones puente, para vincular a los oferentes (supuestamente provenientes de la academia) con los demandantes de tecnología (supuestamente las empresas usuarias de conocimiento y, eventualmente, interesadas en propuestos innovadores), a partir de la idea que los mercados de tecnología y patentes están insuficientemente desarrollado en México. Para desplegar una estrategia comprehensiva para encarar los retos de una política que se proponga atender las especificidades propios de esa magnitud, considera que:

¹⁸ La llamada capacidad de absorción es definida, como: “La capacidad de las empresas de adoptar, integrar y asimilar nuevas tecnologías y conocimientos técnicos. Se le considera la otra cara de la I+D”.

¹⁹ Las tecnologías de uso general, llamadas “*general purposetechnologies*”, como ahora las TIC’s o antes la electricidad y los materiales, por ejemplo, funcionan como tecnologías habilitantes, no proporcionan soluciones finales pero abren otras oportunidades técnicas.

- Las instituciones de educación superior deben estar abiertas al conocimiento y solución de las necesidades efectivas de las necesidades efectivas de la industria.
 - Es necesario identificar los mecanismos, legal e institucionalmente aceptables, que suponen "... el dominio de un arte difícil: el arte de combinar las misiones académicas con las actividades de transferencia y, quizás, de comercialización".
 - Promover el interés de las empresas en asignar fondos a actividades de las fases posteriores a la inversión condicionado a la creación de un ambiente económico seguro para su inversión, a partir de las licencias exclusivas.
 - Identificar una fórmula que permita a los académicos participar en la creación de empresas, tener una participación patrimonial u obtener licencias temporales para realizar actividades externas de transferencia de tecnología.
 - Mejorar los mercados de tecnología y patentes, ya que existen problemas por el lado de la oferta (no se ofrecen suficientes soluciones tecnológicas), nuestras que por el lado de la demanda las empresas tienden a comprar tecnologías extranjeras, en vez de considerar la que está disponible en la oferta mexicana.
- Crear una visión estratégica común, a partir de la cual se despliegue una política de "especialización inteligente" que proponga soluciones adecuadas a las condiciones regionales, entendidos bajo la idea de la economía de la aglomeración".
- Un buen ejemplo de ellos sería –según dice la OMPI– el caso de las tecnologías y la innovación en la esfera de la eficiencia: energética y en la producción de renovables. La idea de generar inteligencia alrededor de temas globales, las universidades y los agentes económicos privados procuran la creación de acción de *clusters* en algunas regiones del país.
- En referencia a este contexto general, se pueden inferir dos comentarios específicos para los responsables de elaborar políticas de México: uno es mejorar un "mercado" concreto estableciendo un vínculo entre la universidad y el sector privado, el otro trata de las condiciones e infraestructura generales para un mercado de tecnologías operativo, eficaz y eficiente.
- Proponer el desarrollo de una estrategia diferenciada que no pretenda sólo favorecer el desarrollo de alta tecnología protegida por patentes, sino también las inversiones de baja tecnología orientadas a ofrecer soluciones locales que pueden ser protegidos bajo la figura del modelo de utilidad, diseños industriales y marcas, concebidos también en el campo de la innovación.
- Finalmente, el documento postula la necesidad de crear políticas que mejoren la infraestructura y los mecanismos de mercado, enfatizando la importancia de revisar el modelo institucional a efecto de corregir las asimetrías de la in-

formación derivadas de la falta de transferencia y posibilidad de las transacciones que se realicen sobre propiedad industrial y, en general, sobre el comercio de tecnología.

“Los responsables de elaborar políticas en México deberán evaluar cuidadosamente si los actores estructuras de gobierno para la PI. ofrecen el apoyo adecuado a las estrategias de innovación y crecimiento en este país”.

Otras conclusiones

Luis Rubio, hablando de las instituciones políticas y económicas de nuestro país, preguntaba:

“¿Qué ocurre cuando una fuerza irresistible se topa con un objeto inamovible? Cuando se iniciaron las reformas económicas y se negoció el TLC norteamericano a finales de los ochenta, la fuerza irresistible era la urgencia de lograr una tasa elevada de crecimiento económico. El objetivo inamovible era la imperiosa necesidad de no alterar el status quo político.

Pocas veces se aprecia la dimensión política del TLC o del contexto en el que se emprendió la primera racha de reformas económicas hace casi tres décadas” (Rubio, Segunda llamada, 2013).

Para mediados de la década de los 80 era evidente que el país había agotado su modelo de crecimiento intensivo en déficit público y que el tema de la deuda externa solía presentarse en la relación con nuestros acreedores. Por tanto, debía cambiar el modelo de política económica que, como sabemos, debía considerar la inversión extranjera directa para sumarse al ahorro privado, por lo que la liberalización, la apertura y la desregulación obedecían a la racionalidad de adoptarnos el entorno económico, dejando intocadas las organizaciones políticas que modelaron el desempeño económico. Sin embargo, como afirma North, “si bien las reglas pueden cambiarse de la noche a la mañana, las normas informales por lo general solo cambian de modo gradual. Puesto que son las normas las que dan “legitimidad” a un conjunto de reglas, el cambio revolucionario nunca lo es tanto como desearían sus proponentes, y el desempeño será diferente de lo esperado” (North C., 1993, pág. 55).

En esa versión, el patentamiento en México refleja que su dinamismo se dirigió a la rama química en virtud del estatuto de propiedad industrial que se adoptó para considerar patentables los productos y procesos farmacéuticos, derivado de la misma dinámica desreguladora. Sin embargo, aunque la innovación nunca ha sido determinante para la actividad económica del país, el TLCAN reveló que la “construcción destructiva” de la economía del conoci-

miento no sólo es una práctica ajena al modelo de acumulación sino que es, incluso, contraria a la lógica de nuestra economía monopólica. No es solo que nuestros agentes económicos no necesiten competir en el mercado, sino que una política de esa naturaleza resulta contraria a la búsqueda de renta:

“Probablemente esto se explique porque en México un monopolio basado en los privilegios de no tener competencia es más barato y duradero que uno basado en la innovación, que puede volverse obsoleto pronto si alguien más es capaz de lograr un mejor invento” (Elizondo Mayer Serra, 2011, pág. 157).

Este ensayo no se propuso revisar el TLCAN como un mecanismo internacional complejo que impactó estructuralmente a nuestra economía. Simplemente, ofrecer una reflexión interna sobre el comportamiento de la economía local que normalizó los procesos de transferencia de regalías hacia los países propietarios de tecnología y titulares de las marcas. Si solo fueran económicas, nos quedaríamos con la idea de que nuestras instituciones se transformaron para adaptarse al libre comercio. Pero lamentablemente no es el caso: las instituciones políticas pusieron a las instituciones económicas al servicio de la liberalización de la economía. Las instituciones y organizaciones mexicanas se constituyen para garantizar la renta: la mayoría de los asuntos de propiedad industrial con alto contenido tecnológico está representada por no más de diez despachos de abogados, especialmente en farmacéutica, capturando al ente regulador. El IMPI se observa a sí mismo como un organismo registral, cuidadoso del derecho subjetivo de la protección, pero ajeno a la promoción de la competencia y el mercado.

El TLCAN no sólo influyó en la conformación de una estructura económica intensiva en transferencia de dividendos al exterior, sobreponiendo dos lógicas complementarias de protección al intercambio. Por un lado, invocó a la intervención activa del Estado mexicano para crear las condiciones que facilitarían la inversión y la obtención de renta y, por otra, apeló a las concepciones liberales dominantes que postulaban la fuerza del mercado para impulsar el nivel de especialización que suponía que, si algunas de nuestras empresas desaparecían del nicho en el que no podrían ofrecer más ventajas competitivas que las extranjeras, la iniciativa empresarial de nuestra incipiente industria superaría con creces su aportación al PIB y al empleo.

Lamentablemente no fue así. La ausencia de la intervención activa del Estado reflejada en una política industrial inductora, selectiva, regional y tecnológicamente autóctona provocó que aún en un proceso de internacionalización de la economía, se devastara nuestra incipiente industria nacional merced a las importaciones temporales de alto contenido tecnológico que ensamblaron y exportaron con escasísimo valor agregado, al amparo de desarrollos tecnológicos protegidos por un sistema de propiedad industrial (patentes y marcas, principalmente) concebido como inversión, exclusivamente.

Como afirma Viniegra:

“Por lo tanto, el principal reto económico para México está en la transición de una economía de bajo valor agregado, dominada por la exportación de productos ensamblados, de petróleo crudo y de productos agrícolas a una, con mayor valor agregado, por la exportación sustentada en la mayor grado de integración de las manufacturas y mayor transformación del petróleo y de los productos del campo. De otra forma, la economía mexicana continuará siendo poco productiva aunque aumenten mucho las exportaciones de productos ensamblados y de petróleo crudo” (Viniegra).

V. Bibliografía

- Acemoglu, D., & Robinson, J. A. (2013). *Los orígenes del poder la prosperidad y la pobreza. Porque fracasan los países*. México: Paidós.
- Becerra Ramirez, M. (2011). Hacia una política de Estado en materia de propiedad intelectual. En A. (. Oropeza García, *TLCAN: Reflexiones y propuestas a quince años de su firma* (pág. 404). México: IIJ-UNAM.
- Betti, E. (2011). *Teoría general del negocio jurídico*. España: Comares.
- Blanchard Olivar, A., & Alessia y Gavazzi, F. (2012). *Macroeconomía*. Madrid: Pearson Educación S.A.
- Capdevielle, M., & Flores Salgado, J. (2006). sobre la necesidad de una política industrial en México: alternativas frente a una economía global en transformación. En F. Novelo Urdanivia, *Por una política económica y social para el desarrollo de México* (pág. 144). México: UAM.
- Correa, C. (1998). *Acuerdo TRIP's. Régimen internacional de la propiedad intelectual* (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura.
- Cruz Barney, O. (2008). *Régimen de la inversión extranjera en el TLCAN (Capítulo XI)*. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/38/pr/pr9.pdf>
- DOF. (1976). *Ley de Invenciones y Marcas*. México.
- Elizondo Mayer Serra, C. (2011). *Por eso estamos como estamos. La economía política de un crecimiento mediocre*. México: Random house Mondadori .
- Guerrero Castro, R. A. *Propuesta metodológica de análisis de competitividad de la economía mexicana a través de la producción de conocimiento patentado por entidad federativa (1993-2012)*.
- Hardford, T. (2006). *El economista camuflado: La economía de las pequeñas cosas*. México: Planeta.
- Leycegui Gardoqui, B. (2012). Socios sin barreras: urgencia de una visión estratégica común en América del Norte. En B. Leycegui Gardoqui, *Reflexiones sobre la política comercial internacional de México 2006-2012* (pág. 166). México: Porrúa.

- _____. & Gomez Peralta, M. (2011). Evaluación y perspectivas del TLCAN a quince años de su firma. En A. (. Oropeza García, *TLCAN. Reflexiones y propuestas a quince años de su firma* (págs. 161-162). México: IJ-UNAM.
- Morales Elcoro, R. (2010). Competencia, innovación y propiedad intelectual: Reflexiones sobre su interrelación. En L. Ojeda, L. Santos, & J. Roldan, *Propiedad intelectual y competencia económica* (pág. 47). México: Porrúa.
- North C., D. (1993). El desempeño económico a lo largo del tiempo. Estocolmo, Suecia.
- Pérez Miranda, R. J. (2011). *Régimen internacional y nacional de la inversión extranjera. Con especial referencia al Tratado de Libre Comercio de América del Norte y al Derecho mexicano*. México: Porrúa.
- _____. (1994). *Propiedad industrial y competencia de México. Un enfoque Económico*. México: Porrúa.
- Pierre, S. (2012). Globalización comercial desindustrialización prematura en America Latina e industrialización en Asia. *Comercio Exterior* , 62 (6).
- Rico Alvarez, F., Garza Bandala, P., & Cohen Chicurel, M. (2013). Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones. México: Porrúa.
- Rojin Villegas, R. (2011). *Compendio de Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*. México: Porrúa.
- Roldan Xopa, J. (2004). *Constitución y Mercado*. México: Porrúa.
- Rubio, L. (23 de Febrero de 2014). Pedir Prestado. Sección Opinión. *Reforma* , pág. 11.
- _____. (4 de Agosto de 2013). Segunda llamada. *Reforma* .
- (2008). La economía de las ideas. En M. X. Sala, *Economía liberal para no economistas y NO liberales* (págs. 75-82). México: Random House Mondadori S.A.
- Viniegra, G. (s.f.). Ahogados en dinero pero muertos de hambre.