

BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y JUSTIFICACIÓN

Por Natalia Tobón

Las normas sobre propiedad industrial surgieron como respuesta a la necesidad que tenían algunos inventores de evitar que les copiaran sus descubrimientos. De hecho, para muchos historiadores, la situación fáctica que hizo necesaria la creación de una legislación especial sobre el tema fue la Exposición Internacional de Inventiones de Viena de 1873, pues muchos científicos se negaron a asistir a ella y a exponer sus descubrimientos por miedo a que les robaran sus creaciones.

Para ese entonces ya existían dos tendencias en el mundo sobre la protección a las invenciones del ingenio humano: una, denominada “movimiento anti-patentes” que consideraba que no debería otorgarse protección alguna a las invenciones pues se debería privilegiar el bienestar general de la humanidad sobre el particular del inventor y dos, otra que procuraba el otorgamiento de un monopolio de explotación temporal como las patentes a quienes habían invertido en sus obras creatividad, tiempo y dinero como un incentivo para que crearan más. En términos geopolíticos, Alemania y Austria eran partidarias de la primera mientras que Estados Unidos de la segunda.

Este tira y afloje entre estas posiciones terminó en 1883 a favor de los norteamericanos, cuando varios países firmaron el primer tratado internacional para proteger la propiedad industrial, conocido como el Convenio de París, que Colombia apenas suscribió a finales del siglo pasado pero que sigue siendo la columna vertebral de la materia.

Las normas sobre derechos de autor, en cambio, son un poco más antiguas. La primera ley sobre derechos de autor que se conoce es el Estatuto de la Reina Ana promulgado por el Parlamento Británico en 1709. Esta ley otorgaba a los editores el privilegio de producir y distribuir obras durante un periodo de tiempo, pasado el cual el autor podía cambiar y elegir otro editor. Sin embargo, sólo fue hasta 1886, año en el que se adoptó el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que existió la primera regulación internacional sobre la materia.

En 1893 la oficina que administraba el Convenio de París y la que administraba el Convenio de Berna se unieron y crearon el denominado BIRPI (Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual) la cual se convirtió en la entidad precursora de la actual Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI-, que es el organismo regulador más importante de la propiedad intelectual en el mundo.

Pues bien, a pesar de esta bicentenaria historia, el tema de la protección de la propiedad intelectual sigue generando la misma polémica en nuestros días: por un

lado están quienes defienden un sistema fuerte de protección, que permita al empresario y al artista recuperar y obtener rentabilidad sobre su inversión en tiempo y creatividad, y por otro, están quienes sostienen que tales prerrogativas deben ser limitadas en beneficio de la humanidad.

Actualmente siguen ganando el pulso quienes defienden un sistema fuerte de protección a la propiedad intelectual. Es más, el período comprendido entre 1980 y hoy ha sido conocido como la edad de oro de los derechos de propiedad intelectual y la frase “*Anything under the sun that is made by man is patentable*”¹ se ha hecho popular entre los especialistas en el tema.

Sin embargo, hay quien vaticina que la historia se mueve como un péndulo y que quienes están hoy a un lado mañana estarán al otro. Me explico: hasta hace pocas décadas, en Estados Unidos estaba de moda el tema de la libre competencia y era muy difícil obtener el reconocimiento de una patente porque a estas figuras de la propiedad intelectual se les consideraba anticompetitivas. De hecho, en ese país, en 1941, más de 100 procesos fueron fallados en el sentido de que las compañías debían licenciar sus invenciones a todos los interesados que lo requirieran, ya fuera con regalías razonables o sin ninguna regalía, por razones de mercado².

Esta situación llegó a su punto culminante en 1956, cuando a dos de los más importantes líderes en tecnología, *American Telephone and Telegraph Co. e Internacional Business Machines INC. –IBM-*, se les exigió licenciar más de 9000 patentes, en la mayoría de los casos sin regalías, en beneficio de la sociedad y de la competencia³.

Pero los tiempos cambiaron y a finales del siglo pasado la propiedad intelectual comenzó a adquirir el auge que tiene en la actualidad, sobretodo para los países desarrollados, los cuales han tratado de imponer sus intereses, entre otras, mediante la adopción de reglas uniformes en tratados internacionales.

Los países en vías de desarrollo, por su parte, han resentido el fortalecimiento de la exigencia de respeto por las normas sobre propiedad intelectual que promocionan los países desarrollados pues consideran que se trata de una práctica “injusta”. Al fin y al cabo, recuerdan que muchos de los países que hoy exigen respeto de las reglas sobre propiedad intelectual con tanta vehemencia se

¹ Cualquier cosa que esté bajo el cielo y sea fabricada por humanos es patentable. Esta frase fue pronunciada por primera vez en Estados Unidos en uno de los fallos más famosos del Derecho de Patentes en ese país: *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U. S. 303 (1980). Allí se patentó el procedimiento científico para crear unas bacterias (seres vivos) limpiadoras.

² Apuntes de clase. Profesor Karl Jorda. Materia: Patent and Trademark Licensing en Franklin Pierce Law Center, NH, USA. 2004.

³ Apuntes de clase. Profesor Karl Jorda. Materia: Patent and Trademark Licensing en Franklin Pierce Law Center, NH, USA. 2004.

desarrollaron gracias a su incumplimiento. En otras palabras, los países en vías de desarrollo se defienden diciendo que se les está aplicando la política “*Do as we say, not as we did*”⁴.

Tal expresión hace alusión a que Estados Unidos, mientras fue una colonia agrícola de Inglaterra, no se interesó en lo absoluto por proteger los derechos de propiedad intelectual. Por el contrario, el tránsito de una sociedad agrícola a una sociedad industrial se hizo gracias a la copia -sin pagar regalías- de la maquinaria que se usaba en Inglaterra y que llevaron varios inmigrantes ingleses al Nuevo Mundo.

La historia, que por demás está muy bien contada en un artículo publicado por Miltchell Wilson titulado *The First Successful Factory*⁵, sostiene que la primera fábrica que existió en Estados Unidos nació de la copia no autorizada que hizo un joven mecánico inglés de las máquinas con que trabajaba en su país natal. En efecto, el joven Samuel Slater memorizó cada una de las máquinas que reparaba en la fábrica de Jeremiah Strutt y las reprodujo en Estados Unidos, más específicamente en los estados que hoy se conocen como Nueva Inglaterra (New Hampshire, Maine, Vermont, Massachusets y Rhode Island), con la ayuda económica de Moses Brown (fundador de la Universidad de Brown en Rhode Island).

Cuenta la historia que Slater había emigrado a los Estados Unidos atraído por un aviso que leyó en el periódico local donde el estado americano de Pensilvania solicitaba mano de obra calificada para el nuevo mundo -por esa época publicar avisos en periódicos ingleses era una de las estrategias que habían intentado los americanos ante sus repetidos fracasos para fabricar maquinaria eficiente y ante la negativa de los ingleses el venderles el *know how*-. De cualquier manera, resultaba mucho más útil para los ingleses mantener cautivo al mercado americano con sus productos que propiciar la competencia mediante la transferencia del conocimiento.

La astucia del joven inmigrante Slater consistió en reproducir en América las máquinas con que trabajaba en Inglaterra y dividir las tareas en tantas partes como fuera posible hasta el punto en que incluso un niño pudiera manejar la maquinaria (es sabido que la mayor parte de los trabajadores de Slater fueron niños entre los 4 y los 10 años)⁶.

⁴ Esta frase se puede traducir así: Repite lo que digo, no lo que yo hago. Algo así como aquél refrán en español que dice “el cura predica pero no aplica”.

⁵ Dinwoodie Graeme, Hennessey William, Perlmutter Shira. *International Intellectual Property Law and Policy. Casebook series*. Lexis Nexis, N.Y. 2001. p. 505

⁶ *Ibíd.*

De cualquier manera lo anterior es simplemente anecdótico y su cita solo se hace con la intención de poner los hechos históricos en un contexto. Es más, lo que alegan los países en vías de desarrollo no es que deban desaparecer totalmente los derechos de propiedad intelectual sino que es necesario limitar de alguna manera su reconocimiento. El profesor inglés John Kay explicó esta situación en los siguientes términos:

“En 1998 un grupo de abogados norteamericanos expuso en un artículo para el National Law Journal que las maniobras atléticas de un grupo de deportistas debían ser patentadas por tratarse de un método muy novedoso para hacer ejercicio. Al mismo tiempo, en el Reino Unido se presentó una disputa sobre la titularidad de los derechos de autor sobre la forma en que una revista de televisión por cable publicaba la programación de televisión. ¿Cómo llegamos hasta al punto de obsesionarnos por patentarlo todo o por lo menos, de querer proteger con derechos de autor incluso hasta las obras que no son originales o que no tienen mucho aporte creativo?”⁷.

Lo cierto es que Kay y muchos otros pensamos que el mundo actual está obsesionado por proteger, a través de la propiedad intelectual, activos intangibles que no merecen tal reconocimiento y que en caso de mantenerse dicha línea de pensamiento, el péndulo, que actualmente está del lado de la protección de la propiedad intelectual, va a comenzar a ceder poco a poco hasta llegar al extremo contrario, como sucede cada vez que la humanidad exagera con una tendencia⁸.

¿Cómo llegamos a esta situación de querer patentarlo todo? Los autores consideran que el auge de la propiedad intelectual en el mundo moderno tiene varios antecedentes, entre los que se pueden mencionar los siguientes⁹:

- El auge de la publicidad: El crecimiento de los medios masivos de comunicación después de la primera Guerra Mundial llevó a los empresarios a interesarse cada vez más por distinguir sus productos y servicios de los de la competencia, ideando nuevas marcas o empaques que hicieran sus productos inolvidables –la forma- ó mediante invenciones mejoras a las creaciones existentes –el fondo-. El medio más eficiente para informar al público sobre esas ventajas comparativas es la publicidad.

⁷ Kay John. *Intellectual Property Protection: What Role in the 20th Century History of innovation?*, en www.adb.org/Documents/Conference/Technology_Poverty_AP/adb12.pdf. Recuperado el 25 de enero de 2008.

⁸ Basta citar el auge que han tenido los movimientos del software libre y *Creative Commons*, los cuales buscan democratizar la información que puede protegerse mediante el derecho de autor.

⁹ Kay John. *Intellectual Property Protection: What Role in the 20th Century History of innovation?*, en www.adb.org/Documents/Conference/Technology_Poverty_AP/adb12.pdf. Recuperado el 25 de enero de 2008.

- El factor lingüístico: Los psicólogos, a diferencia de los filósofos, sostienen que las cosas no son lo que realmente son, sino lo que pensamos de ellas y que el nombre que se les da es uno de los elementos decisivos para su percepción¹⁰. Este fenómeno puede verse en el caso de la propiedad intelectual, por cuanto hasta mediados del siglo XIX, todo lo que se conoce hoy como propiedad intelectual se asimilaba a un “monopolio”, una expresión que es sinónimo de acaparamiento o ejercicio exclusivo y que resulta antipática para muchos. De hecho, Thomas Jefferson, ex presidente de los Estados Unidos, era uno de los más famosos detractores de la propiedad intelectual pues sostenía que ésta daba lugar a la creación de monopolios, que solo beneficiaban a una porción mínima de la población y no a su mayoría. Hoy día casi nadie habla de monopolios sino de un nuevo derecho de propiedad, llamado propiedad intelectual, que *prima facie* no crea resistencia.
- Factores políticos y económicos: Según Kay, los defensores de la propiedad intelectual -editores, laboratorios farmacéuticos, compañías de software y estudios de cine- cada vez tienen más poder económico, lo cual les permite hacer *lobby* ante las autoridades y los medios de comunicación. En cambio la gente del común, que se beneficiaría con una protección más reducida de la propiedad intelectual (toda vez que habría más difusión del conocimiento), tiende a ser una fuerza difusa porque, aun cuando es un grupo mayor en cantidad, no está informado ni organizado.

¿Qué sigue en esta polémica? Francamente lo más deseable es que venga el equilibrio. Kozinski, un juez californiano célebre por la forma amena como redacta sus fallos, se refirió a la necesidad de buscar mesura o armonía en cuanto a la protección de la propiedad intelectual, así:

“Sobreprometer la propiedad intelectual es tan nocivo como no protegerla. La creatividad es imposible sin información que se encuentre en el dominio público. Nada, literalmente nada desde que descubrimos el fuego, es genuinamente nuevo: la cultura, como la ciencia y la tecnología, se produce gracias al trabajo de los otros. La sobreprotección entonces ahoga las fuerzas creativas que se supone protege....”¹¹.

¹⁰ Pongamos un ejemplo sencillo: Si a usted le hablan de una mujer que se llama Verónica o Paola tiene una percepción física distinta de ella que si le dicen que se llama Petronila o Ganímedes.

¹¹ Estados Unidos, *White v. Samsung Electronics América, Inc.* U.S. 951, 113 S. Ct. 2443, 124 L. Ed. 2 Ed. 660 (1993). Salvamento de voto del juez Alex Kozinski. En el caso objeto del pronunciamiento en mención se trataba de resolver si un personaje público (Vanna White) podía demandar a una empresa por usar en su publicidad un robot que la imitaba. White ganó el proceso contra Samsung pero Kozinski salvó el voto.

“¿Dónde estaríamos si Charles Lindbergh tuviera el derecho exclusivo sobre el concepto de aviador independiente? ¿Si Albert Einstein hubiera patentado la teoría de la relatividad? ¿Si cada autor o celebridad tuviera el derecho de evitar que los demás comenten su trabajo o se burlen de él? Seguramente ésto haría el mundo más pobre y no más rico, cultural y económicamente. He ahí el por qué es necesario hacer balances cada que se aplican las normas de propiedad intelectual entre lo que se le otorga a su titular y lo que se le deja al dominio público, es decir, a todos nosotros”¹².

Lo cierto es que recordar estas anécdotas históricas en una negociación internacional sobre derechos de propiedad intelectual en el siglo XXI puede no ser muy útil. Lo que sí puede serlo es tener siempre claro que los derechos de propiedad intelectual no son absolutos -como no lo es, según lo mencionado anteriormente, ningún derecho de propiedad- y que su protección en cualquier país, debe ser fruto de una delicada combinación de los principios que justifican su existencia, a saber:

1. El principio de la recompensa.
2. El principio de la recuperación e incentivos.
3. El principio del conocimiento público difundido.

1. El principio de la recompensa:

El invento se protege -se entiende por protección la facultad que se entrega al inventor para que excluya a otros de la explotación de la invención durante un período de tiempo- con el ánimo de estimular al inventor por el esfuerzo realizado pues dicha exclusividad le reporta beneficios económicos¹³. Sin embargo es pertinente mencionar que algunos estudios demuestran que lo que anima a los inventores a crear no siempre es la posibilidad de obtener una retribución económica. Hace unos años se hizo en Estados Unidos una encuesta entre 710 científicos que demostró que las personas creativas actúan movidas por múltiples razones. Veamos:

Cantidad de científicos	Motivo para inventar
193	Amor a la investigación

¹² *Ibíd.*

¹³ Savitsky, Thomas. Eastman Chemical Company, October 1990. Tomado de los materiales de clase del profesor Karl Jorda para el curso de “Intellectual Property Management” en Franklin Pierce Law Center, 2004.

189	Deseo de inventar y resolver un problema
167	Beneficio financiero
118	Necesidad
73	Deseo de lograr un resultado
59	Parte del trabajo
27	Prestigio
22	Ayuda al prójimo
6	Pereza
33	Sin respuesta

Como se observa, el interés económico estuvo en el tercer lugar de las respuestas, luego del amor por la investigación y el deseo de resolver un problema. Es posible pensar entonces que los científicos inventan más por el gusto de investigar y encontrar la solución a un problema y no por interés económico.... Precisamente esa fue la conclusión a la que llegó el profesor John Kay¹⁴, ya mencionado antes en esta obra, quien sostuvo en uno de sus artículos más recientes que los derechos de propiedad intelectual generalmente no benefician a los individuos creativos sino a las empresas e intermediarios que adquieren sus derechos y los explotan convenientemente¹⁵.

2. El principio de la recuperación e incentivo: Se busca que el inventor recupere lo que invirtió en el desarrollo del invento y se sienta motivado para iniciar nuevas investigaciones. En este punto encontramos varios interrogantes: ¿Cómo valorar esas inversiones en investigación y desarrollo?, ¿se debe recuperar la inversión en publicidad?, ¿y si las invenciones las hacen universidades o entidades públicas con fondos públicos?.

3. El principio del conocimiento público difundido: La protección que otorga la propiedad intelectual es, por regla general, temporal (salvo en el caso de los secretos comerciales) pues la idea es que tarde o temprano todas las creaciones e inventos pasen al dominio público para que la sociedad en general se beneficie de ellos.

Este principio se origina en el siguiente razonamiento: todas las creaciones del espíritu son el fruto del esfuerzo de un ser humano que innova, obtiene inspiración, recopila información y tiene acceso a medios dentro de una sociedad específica que le ha dado su formación profesional, la materia prima y la inspiración:

¹⁴ El profesor Kay tiene su propia página web: www.johnkay.org

¹⁵ John Kay. *Intellectual Property Protection: What Role in the 20th Century History of innovation?* www.adb.org/Documents/Conference/Technology_Poverty_AP/adb12.pdf. Recuperado el 15 de julio de 2007.

“Tanto a nivel tecnológico como artístico, un nuevo aporte nunca es un fenómeno individual. De allí que el derecho de propiedad sobre dichos aportes no sea intemporal sino que, por un fenómeno convencional de transacción entre el mínimo que exige el goce exclusivo y el máximo de difusión que la comunidad exige, se fija discrecionalmente por el legislador un término razonable al cabo del cual el derecho individual de propiedad se extingue. La temporalidad del derecho intelectual busca finalmente resolver la tensión que existe entre el interés privado y el interés público”¹⁶.

En Colombia este principio encuentra su razón de ser, además, en los artículos 1, 58 y 95 de la Constitución Política, los cuáles hacen alusión al deber de solidaridad y a la función social de la propiedad.

¹⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-334, agosto 12/93, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.