

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

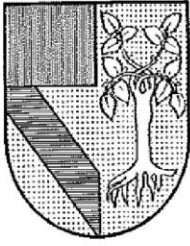
CAMPUS GUADALAJARA

GUSTAVO DÁVILA VALENCIA

**LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU
LEGISLACIÓN EN MÉXICO,
UN CONTRASTE DE LA REALIDAD CREATIVA.**

**Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86**

Zapopan, Jalisco, Noviembre de 2014.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. GUSTAVO DÁVILA VALENCIA

Presente.

En mi calidad de Presidente del Comité de Titulación y después de haber analizado el trabajo de TESIS titulado: **“LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU LEGISLACIÓN EN MÉXICO, UN CONTRASTE DE LA REALIDAD CREATIVA”**, presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado de Exámenes Profesionales.

Atentamente

EL PRESIDENTE DEL COMITÉ

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eduardo', is written over a horizontal line. The signature is fluid and cursive.

DR. EDUARDO ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ

Zapopan, Jal., 15 de Enero de 2015.

Mtra. María Isabel Álvarez Peña
Directora de la Licenciatura en Derecho
Presente.

Por medio de la presente le saludo y le informo, que el pasante Gustavo Dávila Valencia, egresado de la Licenciatura y tesista a mi cargo, concluyó su trabajo de investigación para optar por el grado académico correspondiente, con su trabajo que tiene por título "LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU LEGISLACIÓN EN MÉXICO, UN CONTRASTE DE LA REALIDAD CREATIVA", quedando totalmente satisfecho tanto en la forma como en el fondo.

Quedo a sus órdenes.

Atentamente


Mtro. Juan Carlos García Lazcano

ÍNDICE

Introducción	6
I. Antecedentes Históricos	8
1. Evolución del término “Propiedad Intelectual”.....	8
A) Evolución del Derecho de Marcas.....	11
B) Evolución del Derecho de Autor.....	15
C) Evolución del Derecho de Patentes.....	21
2. Antecedentes de la Propiedad Intelectual en México.....	23
A) Antecedentes de la Propiedad Industrial en México.....	24
B) Antecedentes del Derecho de Autor en México.....	27
II.- Principales Teorías en Relación	
a la Propiedad Intelectual	33
1. Aislado Conceptos.....	33
A) Teoría Utilitarista.....	34
B) Teoría de la Propiedad.....	39
C) Teoría de la Personalidad.....	43
D) Teoría de los Derechos Intelectuales.....	50
E) Teoría de la Competencia Económica.....	51
F) Teoría de la Planeación Social.....	53
G) Teoría del Monopolio o Privilegio.....	54
2. Discusión Sobre el Concepto de “Propiedad Intelectual”.....	56
3. Justificación de la Existencia de la “Propiedad Intelectual”.....	58

III. Protección de la Propiedad Intelectual, Una Realidad Distinta.....	64
1. Arte e Industria, ¿Asociación o Disociación de los Bienes de la Propiedad Intelectual?.....	66
2. El Anonimato de los Bienes de la Propiedad Intelectual.....	81
3. Intenciones de las Legislaciones, ¿Justicia o Poder?.....	88
4. Derechos de los Creativos.....	100
5. Originalidad Dudosas.....	110
IV. Características Comunes de los Derechos de la Propiedad Intelectual.....	116
1. Origen de las Creaciones Intelectuales.....	117
2. Bienes Sociales.....	120
3. La Transformación, Requisito Fundamental.....	125
Conclusiones.....	132
Propuestas para un Nuevo Panorama de Protección de los Derechos Intelectuales.....	135
Bibliografía.....	146

INTRODUCCIÓN

La materia de la propiedad intelectual, como ciencia del derecho, estudia tal vez uno de los elementos más complejos y dinámicos de la vida social del hombre, la expresión de ideas.

De ello que resulte complicado aglutinar todo un espectro de derechos para temas tan sensibles como puede ser la expresión de sentimientos y conceptos, o la traducción de conocimiento e historia científica en un invento o en un artefacto.

El arte y la ciencia difícilmente dejan a una persona en una postura indiferente. Confrontar una expresión artística o científica implica un acercamiento a una cosmovisión ajena, a un universo paralelo al propio, el de su creador. Toda expresión humana implica una declaración de su autor, una exposición del alma, de la interioridad, y por ello, siempre provoca conflicto o aprobación, risa o llanto, controversia o consentimiento, pues necesariamente deviene en un encuentro con un semejante, con otro, y otros universos personales de idiosincrasias y trasfondos infinitamente diferentes.

A través del presente trabajo, trataré de exponer una realidad difícil de concebir: que la legislación en materia de propiedad intelectual refleja un contraste frente a la quintaesencia de las creaciones del intelecto, de modo que sus instituciones, conforme a las regulaciones actuales, inclinan sus disposiciones y contenido en satisfacer los complejos intereses políticos, sociales y económicos de los grupos oligopólicos protagonistas del panorama creativo, y en esa medida también mermando la verdadera naturaleza de la creatividad.

Lo anterior tratará de ser demostrado a partir de posturas filosóficas y diversos postulados empíricos, basándonos en una metodología histórica, en lo que respecta a los antecedentes más importantes de las figuras de la propiedad intelectual, y en el método analítico, teniendo en cuenta los diversos elementos y fenómenos que componen las figuras y derechos de la propiedad intelectual. Por último, recurriremos al método deductivo, que nos permitirá llegar a la conclusión que pretende probarse con el presente trabajo, en relación a que el actual panorama normativo no refleja la naturaleza de las expresiones humanas y que por ende, un cambio en la tendencia de la misma pudiera resultar beneficioso para la sociedad.

En la primera parte de la tesis, se exponen los antecedentes de la propiedad intelectual hasta nuestros días y las diferentes posturas que se han utilizado para explicar la naturaleza de los derechos intelectuales. En la segunda parte, se realiza una crítica al contexto legal de la propiedad intelectual y se realizan comparaciones entre sus dos principales ramas, para luego, proponer un nuevo enfoque para la legislación autoral e industrial, a modo de que ésta comulgue de mejor manera con la realidad que rodea a las creaciones intelectuales.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. Evolución del término Propiedad Intelectual

La propiedad intelectual, como especie en la materia de derecho, ha comenzado a desarrollarse con gran celeridad en los últimos años, no obstante ello, la complejidad de su materia de estudio e incluso la trascendencia de la misma, ha provocado un desarrollo lento en comparación a la volátil tendencia de cambio de sus propios elementos. Tan es así que los derechos de marcas, patentes, derechos de autor, entre otros, comenzaron su desarrollo y transformación, mucho antes de que se aterrizará el concepto en abstracto propio de la materia de “Propiedad Intelectual” (¿Qué es la propiedad intelectual?). Si aunado a ello tomamos en cuenta la complejidad de los elementos que ésta estudia y que en la era de la informática se ven influenciados por innumerables fenómenos sociales y tecnológicos que sin duda afectan la manera en que deberán legislarse y protegerse las instituciones de esta materia, que además tiene una tendencia a un crecimiento exponencial, tenemos que las legislaciones en materia de propiedad intelectual se enfrenta a un complejo panorama de protección, tanto del lado de los productores y creadores de material creativo, como de quienes disfrutan y son consumidores de esos productos y obras.

Por ejemplo, no obstante la inherente convicción del hombre de transformar su entorno y que su naturaleza inventiva lo ha acompañado a lo largo de toda su historia, el término de Propiedad Industrial apenas comenzó a utilizarse para referirse tanto a las Patentes como a las Marcas, a partir de la firma de la Convención de París en su primera edición, de fecha del 30 de Marzo de 1883 del cual, “México es parte del Convenio de la Unión de París

desde el 7 de septiembre de 1903¹”, convención que catapultó el protagonismo y crecimiento de la propiedad industrial e intelectual, permeando exponencialmente en casi todo el orbe. Siendo una terminología relativamente embrionaria existe discusión respecto a si el término “Propiedad Industrial o Intelectual” resulta correcto para bautizar a este tipo de derechos.

Los orígenes documentados sobre la protección al conocimiento y la técnica o en este caso lo que ahora se le denomina “*know how*” se remontan hasta el siglo VII a.C., en donde los griegos otorgaban protección durante un año a las recetas de cocina.² Sin embargo, el primer antecedente legislativo en relación a la protección al conocimiento se observa siglos después, en la Venecia renacentista, según lo señala el maestro Becerra Ramírez Manuel, y data del 1474, año en que el Senado Veneciano, expidió la primera Ley General de Patentes, la cual obligaba al titular a registrar cualquier nuevo e ingenioso mecanismo o invento no producido previamente en Venecia, a la vez que prohibía reproducirlo a cualquier otro que no fuese el inventor, a menos que hubiera de por medio regalías razonables³. Aunado a esto, se le otorgaba al inventor un monopolio exclusivo de explotación por 10 años, y se estipulaban sanciones a aquel que utilizara la invención sin autorización del inventor, además de conceder al Estado, la prerrogativa de las llamadas “licencias de oficio”.

Manuel Becerra Ramírez a su vez señala que el término “patente”, empleado en la Gran Bretaña, significa “abierto”, y se empleaba en la creación del término “*letters patent*”, que en una traducción literal significaría “cartas

¹ MAGAÑA RUFINO, Jose Manuel, *Derecho de la Propiedad Industrial en México*, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 8.

² BECERRA RAMÍREZ Manuel, *La Propiedad Intelectual en Transformación*, México, Editorial Porrúa, 2009, p.1.

³ *Ibidem*, p. 2.

abiertas”. Esta afirmación a su vez deviene del origen latino de la palabra “patente”, cuya locución latina *patens,-entis*, se traduce como estar “descubierto, manifiesto”⁴.

Este antecedente permite entrever la naturaleza, no sólo de las patentes, sino de todos los derechos conferidos para la protección de la llamada “propiedad intelectual”, en donde se vislumbra la premisa (que es parte de este estudio) de que la utilidad primordial de la información y el conocimiento es comunicarse y transmitirse, y que es imprescindible ser conscientes de que el progreso humano no llegará a su epítome y culmen sino cuando las leyes que afectan la creación humana, permitan e incentiven al hombre a crear conforme a su vocación natural.

Estas consideraciones ya asomaban a grandes rasgos el rumbo que tras cientos de años tomaría la protección a la propiedad intelectual hasta nuestros días, que ha adquirido la vocación de centrar sus propósito y espíritu, en la incentivación de la creatividad y la materialización práctica y aplicable de la actividad intelectual, a través del otorgamiento de la prerrogativa de la exclusividad. Así lo señala sucintamente Francisco González de Cossío, expresando: Las patentes fomentan [la] innovación mediante el otorgamiento de un derecho de propiedad exclusivo sobre una invención⁵.

No en vano a estas alturas del juego económico-cultura se plantean cuestiones como; ¿Qué tan provechoso le ha resultado al ser humano privatizar su cultura o el ingenio tecnológico y comercial? ¿Aún podemos tomar un nuevo rumbo en aras de la protección a los derechos de la tal vez mal

⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=patente>, Fecha de Consulta: el 09 de noviembre de 2013.

⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO Francisco, *Propiedad Intelectual y Competencia Económica*, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 21.

llamada “propiedad intelectual”?, ¿Existe un enfoque de protección más beneficioso para la humanidad en materia de los derechos intelectuales? Este estudio tratará de desvelar cual es la naturaleza y concepción más apropiada para estos derechos y para su debida protección, mediante críticas que, con intención de constructivas, intentan descubrir la verdadera esencia y naturaleza de las creaciones del hombre y por tanto la de sus derechos y prerrogativas.

A) Evolución del derecho de marcas

El origen del derecho de marcas puede remontarse a épocas muy antiguas. Civilizaciones, principalmente occidentales, ya preveían métodos, instrumentos e instituciones parecidas a lo que hoy se conocen como signos distintivos o marcas, por ejemplo, los romanos solían utilizar figuras que podrían equipararse a los signos marcarios actuales, para distinguir tubos de estaño, ollas de cocina, piedras, ladrillos y materiales de construcción, y otras mercaderías más diversas, como quesos, vinos y colirios oculares⁶.

Ya en ese periodo histórico, la figura de la marca servía a dos funciones; indicativas (para identificar al artífice del bien), y comerciales, por tanto tendiendo a una función similar a la marca como la conocemos hoy en día. A esas alturas, la figura de la marca compartía una íntima relación de desarrollo con el derecho de autor por encontrarse vinculada a la actividad artesanal de la época; sin embargo, tenía una aplicación de carácter primordialmente dual, que sí presenta sus salvedades respecto de lo que en nuestros días se conoce como marca, principalmente porque se le utilizaba con la finalidad de facilitar el

⁶ SOLORIO PÉREZ Oscar Javier, *Derecho de la Propiedad Intelectual*, Editorial Oxford, México, 2011, p. 4.

control y la contabilización de los objetos creados por un artesano, y en segunda instancia, para identificar los productos de un fabricante con respecto a otros similares o idénticos fabricados por artesanos distintos⁷. Esta característica, que se comparte claramente con la figura de la marca como la conocemos hoy en día, hace posible asociar estos antecedentes con la figura marcaría actual.

En el imperio romano, bajo la llamada *Lex Cornelia*, se presenta uno de los primeros antecedentes de legislación en materia de marcas que regulaba a éstas como una figura de fines distintivos, esta antigua legislación sancionaba la usurpación y el uso de un nombre falso, a partir de lo cual, se hace posible deducir que podría también haber castigado la falsificación de una marca. La propia *Lex Cornelia*, en tiempos de la dictadura de Lucio Cornelio Sila, permitía a la víctima de la usurpación sin autorización del uso de su signo distintivo o marca, ejercitar la acción *injuriarum*, que reclamaba un daño a la personalidad, y la acción *doli*, que buscaba el resarcimiento del daño patrimonial⁸. Tales medios de defensa otorgados a los propietarios de marca por una ley tan antigua como la *Lex Cornelia*, hacen posible entrever que ya se concebía el concepto de la doble naturaleza de estos signos, en primer lugar, como una figura con un nexo cognitivo-emocional con su creador, al estar vinculada a su fama, reputación y honor; y, en segundo lugar, como una herramienta para obtener un beneficio económico por parte del propietario, al cual ya se le reconocía, de cierta manera, el derecho exclusivo de explotación sobre su marca. Incluso, puede advertirse que la doble facultad que otorga la violación a los derechos marcarios tiene una cierta relación con los derechos de autor según se conciben generalizadamente en nuestros días, esto en razón de dos planteamientos;

⁷ *Idem*.

⁸ BERMONTE Luis Eduardo, *Derecho de Marcas: marcas, designaciones y nombres comerciales*, Buenos Aires, Helastia, 2003, p. 126.

1.- La acción *injuriarum* se centraba en el resarcimiento del daño por un perjuicio causado a la “personalidad” del creador, es decir, parecido a lo que en nuestros días se reconocen como “derechos morales”, por atentar a su fama o a la reputación de su persona y su trabajo.

2.- La acción *doli* por su parte, se ocupaba del aspecto patrimonial (derechos patrimoniales en materia del derecho autoral), al buscar el resarcimiento económico por la falsificación de la marca o por el uso indebido de la fama del productor o propietario.

Algunos autores como Oscar Javier Solorio Pérez consideran como antecedente del derecho de marcas actual, los signos utilizados ya en la Edad Media para identificar a los propietarios de los ganados de diferentes ranchos o granjas, antecedente que a diferencia de la marca, no tiene naturaleza comercial sino que tenía un fin solamente identificatorio o reivindicatorio de propiedad, más sin embargo, posee en común con las marcas actuales, la característica identificadora.

La relevancia de la Edad Media en el desarrollo del derecho marcario radica principalmente en el surgimiento de las corporaciones, en donde comenzó a hacerse exigible el uso de signos, con distintas finalidades; identificar al artesano de manera que pudiera determinarse si había cumplido con las normas de su oficio o arte, proteger al consumidor, al servir como mecanismo de control de las mercaderías por los oficiales corporativos y, impedir la concurrencia y la importación de las mercaderías de origen extranjero, y asegurar y extender las fuentes de los tributos aplicables⁹.

⁹ M.A. Benedetto, *apud Ibidem*, p. 127.

A partir del año de 1500 comenzaron a producirse diversas legislaciones en Europa regulando los derechos de los propietarios o usuarios de signos distintivos. Pero no fue sino hasta la revolución industrial en donde el derecho de marcas detonó como un fenómeno en sí mismo, en donde la producción en masa y la facilidad de transportación volvieron imprescindible la necesidad de regular un derecho que coadyuvara a que esas nuevas posibilidades de producción y transacción se vieran incentivadas y a la vez protegidas para beneficio del comercio en general.

Para entender de una mejor manera la forma en que ha evolucionado el derecho de marcas, es necesario tener en consideración que el mismo en un principio contemplaba ciertas limitaciones para su ejercicio o para su cumplimentación. Por ejemplo, a inicios del siglo XIX los tribunales de las colonias americanas, recién independizadas, contemplaban la noción de que un fabricante que coloca a los bienes que produce su marca particular podía prohibir a otros el uso de dicha marca para vender productos similares, sin embargo, los tipos de marcas protegidas por este principio estuvieron limitados. Por ejemplo, inicialmente los tribunales estadounidenses insistieron en que para que estuviese protegida, la marca debía incluir el nombre del fabricante. Los nombres arbitrarios o de fantasía no estaban protegidos, como tampoco lo estaban las denominaciones de lugares. Gradualmente, esas y muchas otras restricciones fueron abolidas, y para las postrimerías del siglo XIX las cortes estadounidenses protegían nombres arbitrarios, símbolos y nombres de lugares¹⁰, dando un paso al frente en el camino que ha tomado en la actualidad la propiedad industrial y en concreto el derecho de marcas.

¹⁰ *Ibidem*, p. 6.

A través del *trade dress*, se presentó un desarrollo notable del derecho de marcas durante el siglo XX, en lo referente a protección de estos derechos; las prohibiciones se enfocaban al uso de marcas idénticas, para después dar paso al criterio actual de derecho de marcas, que prohíbe el uso de marcas similares en grado de confusión para productos de naturaleza similar.

En el caso de América Latina, las primeras legislaciones marcarias aparecieron alrededor del siglo XIX y en nuestro país, el proceso de legislación en materia de marcas no comenzó sino a partir de 1884, regulándose apenas someramente en algunas de las páginas del Código de Comercio.

B) Evolución del Derecho de Autor

El tema de la evolución del derecho de autor, hablando de la antigüedad clásica, deja poco que decir en referencia a antecedentes concretos como tal. Los derechos de autor, estando relacionados a la naturaleza sensible del hombre, se enfocaban principalmente al reconocimiento de los derechos morales de los artistas, puesto que la actividad artística del hombre era considerada de un profundo sentido espiritual e innato.

En la antigua roma, el autor podía disponer del derecho de publicación de su obra, y los plagarios eran mal vistos socialmente¹¹; en la antigua Grecia, la visión del arte resultaba muy distinta a la concepción que se tiene del arte como industria el día de hoy, puesto que la producción literaria derivaba de la propia vocación, es decir, no se realizaba con fines de enriquecimiento sino por el mero empuje artístico y sensible del autor. En algunas partes del mundo, si

¹¹ SERRANO MIGALLÓN Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998, p. 12.

bien, en lugares muy aislados del aparato occidental, todavía impera una visión similar respecto del arte, sin embargo, tras años de estar bombardeados por esta visión común al *copyright* resulta comprensible que en México sea difícil plasmar un enfoque más abierta respecto de los derechos de autor e intelectuales.

No fue sino hasta el renacimiento, en el siglo XV que comenzaron a surgir los antecedentes más actuales de los derechos de autor, específicamente en Italia. A finales del año de 1460 los gobiernos de Venecia y Roma otorgaron una serie de privilegios relativos a los libros y a las impresiones de estos, con lo que Venecia asumió el liderazgo de la industria editorial italiana y permitió que una unión de impresores usaran esas prerrogativas.

Tras varios años de represión religiosa referente a la impresión y publicación de obras, en 1544 el Consejo de Venecia promulgó un edicto de protección a los autores, éste establecía que no podía una persona publicar escrito alguno sin la autorización expresa del autor del mismo¹², antecedente sin duda importante para el ahora conocido *derecho de divulgación o derecho al inédito*.

Posteriormente, en el año de 1710 el parlamento inglés promulgó el estatuto de la Reina Anna, considerado el primer ordenamiento sobre *copyright* de la historia¹³. Tal estatuto tenía un doble propósito; el primero, prevenir la impresión, reimpresión y publicación de obras, así como su venta, sin el consentimiento del autor, de tal modo que estos no se vieran perjudicados por

¹²DÍAZ NOCI, Javier, "El periodista como autor. Evolución histórica de la protección jurídica sobre la obra informativa", España, 2005, <http://www.ehy.es/zer/zer7/noci74.html>, Fecha de consulta: el 6 de octubre de 2012.

¹³ http://www.indautor.gob.mx/documentos_principales/estatutoreina.pdf, Fecha de consulta: el 22 de octubre de 2012.

la difusión sin autorización de sus obras y, el segundo, promover, incentivar y propiciar la creación literaria bajo la tutela de esta protección legal. Bajo este estatuto se otorgaba protección por un plazo de 14 años renovable por vez única si el autor se mantenía con vida al momento de intentar renovar, es decir, se podía acceder hasta a 28 años de protección, mientras que a las obras anteriores a este estatuto se les otorgaba un plazo de protección por 21 años; para entender de mejor manera la importancia de este antecedente y su repercusión posterior en el Derecho de Autor Nacional e Internacional actual, será necesario hacer una puntualización respecto del concepto de copyright, el cual se tratará más adelante.

A finales del siglo XVIII surgía en América un antecedente importante para el derecho en general y que significó a su vez un adelanto en el derecho intelectual, la Constitución de los Estados Unidos de América, que serviría como estandarte para muchas legislaciones nacionales en años venideros, y que en la *Bill of Rights*, incluía la cláusula de patentes y derechos de autor, la cual indica que el Congreso de aquél país tendrá la facultad para “promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando por tiempo limitado a los autores e inventores los derechos exclusivos a sus respectivos escritos y descubrimientos”.

A partir de esto, en el siglo XVIII comenzaban a crearse leyes más complejas sobre el copyright, cuyos pioneros fueron Estados Unidos de Norte América y Francia.

En lo que concierne a Estados Unidos, se le atribuye la creación de la Ley de Derechos de Autor o *Copyright Act*, que otorgaba, al igual que el estatuto de la Reina Anna, 14 años de protección a cualquier mapa, carta de

navegación o libro, siempre y cuando se cumpliera con los siguientes requisitos:

1. Registro de la obra, antes de su publicación, en el libro de registro de la corte de circuito donde el autor o el titular residiera;
2. Publicación de una copia del registro en uno o más periódicos por cuatro semanas, y
3. Depositar una copia de la obra en la oficina del secretario de estado de la entidad federativa que correspondía, dentro de los seis meses siguientes a su publicación¹⁴.

Dicha ley resultó importante puesto que también impuso la idea de separar las diferentes disposiciones sobre derechos de autor y patentes¹⁵, concepción que aún impera en los marcos normativos de la mayoría de los países.

Con la reforma de la *Copyright Act* en 1802, se añadió la obligación de insertar en todo libro un aviso del registro así como su fecha y se agregó el concepto de las “impresiones”. En 1831 las composiciones musicales fueron agregadas pero la ley no se pronunció respecto a la ejecución pública de éstas. Al mismo tiempo, el primer término de protección se extendió a 28 años, con la posibilidad de extenderlo por otros 14 si el autor, viuda o sus hijos permanecían vivos. En 1865, la protección se amplió a la novedad de la época: la fotografía, y en 1870 ya el derecho de autor había incluido dentro de su marco de

¹⁴ SOLORIO PÉREZ Oscar Javier, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *op. cit.*, p. 5.

protección a las pinturas, dibujos, esculturas, los modelos, diseños y las obras de bellas artes¹⁶.

Con respecto a Francia, la ley de 1791 de patentes comenzaba a considerar a las patentes o *brevets* como un derecho de propiedad, al justificar su protección como “el reconocimiento de un derecho privado preexistente, el derecho de propiedad¹⁷”, idea que permeó a la subsecuente ley de 1793 sobre derechos de autor, que se concebía como un compendio normativo ecléctico al igual que la ley de patentes de 1791, buscando un término medio a lo que ya se reconocía como derechos de la propiedad intelectual.

La Ley de 1793 concedía a los autores derechos amplios para protegerse en contra de reproducciones no autorizadas de sus obras. Sin embargo, posterior a esta Ley, el derecho de autor en Francia se configuró durante años por una intensa actividad jurisprudencial, tratando los derechos de autor con un matiz de derecho latino, muy similar al que impera actualmente en nuestro país, y acentuando las diferencias entre los *droit d'auteur* y el *copyright* común al *common law*, pues a diferencia del *copyright*, en donde los derechos tienen una connotación más económica y comercial (*copyright* = derecho de copia), los derechos de autor del derecho latino priorizan el carácter moral de las obras en relación a sus autores, por lo tanto, los distintos trabajos jurisprudenciales reconocieron durante años, el derecho del autor a modificar su obra, o a repudiar modificaciones sin su autorización, así como la independencia de los derechos morales de los patrimoniales, entre otros. “No fue sino hasta 1957 con la Ley Sobre Propiedad Literaria y Artística que este trabajo jurisprudencial se recopiló en un texto legal formalmente”¹⁸.

¹⁶ SOLORIO PÉREZ Oscar Javier, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸ *Idem.*

A su vez, la ley estadounidense de 1909, en vigor por casi 70 años, resultó ser muy contradictoria, al disponer en su contenido disposiciones antónimas entre sí y resultando en interpretaciones ambiguas por parte de los tribunales¹⁹. No obstante esto, la ley contemplaba algunos avances a favor de los derechos autorales, entre ellos que la vigencia comenzaba a correr a partir de la fecha de publicación, cuando ésta se hacía con el aviso del *copyright*, además, existía una protección adicional para trabajos no publicados, ejecuciones o interpretaciones públicas, antecedente que ya comienza a vislumbrar el camino que los derechos de autor, al menos en México y muchas otras partes del mundo, han optado por tomar.

Muchos han sido los incentivos y fenómenos humanos y tecnológicos que han arreado el camino de los derechos de propiedad intelectual hasta nuestros días. En la década de los noventas del siglo pasado, los avances avasalladores en la industria cinematográfica, la televisión, el radio y la música hicieron necesaria una revisión a la ley de 1909, gestándose la ley que actualmente rige en materia de derechos de autor en Estados Unidos de América, la Ley de 1976.

Actualmente, en Francia las leyes contemporáneas de 1985 y 1992, han tratado de adecuarse a las nuevas tecnologías y a los cuestionamientos y fenómenos que éstas implican en lo que refiere a la protección de los derechos de autor, sin embargo, los anteriores pioneros de la Propiedad Intelectual ya no llevan por si solos el encause de los modelos de protección a este tipo de derechos, sino que cada vez resultan más importantes los tratados internacionales y los nuevos criterios que han venido a confrontar los

¹⁹ A. GORMAN, Robert, *Copyright: Cases and Materials*, 5ª edición, Charlottesville, Virginia, Lexis Publishing, 2000, p. 6.

fenómenos que con extrema celeridad impactan en la manera en que se protegen los derechos de la Propiedad Intelectual en la nueva era de la información.

C) Evolución del derecho de patentes

La institución de la patente aparece como tal a fines de la Edad Media y principios del Renacimiento en Europa. En sus orígenes, la creación de esta figura tuvo por objeto promover la transferencia y la publicidad de las tecnologías extranjeras²⁰, finalidad que se diferencia en gran medida de los incentivos y propósitos que tiene la regulación de las patentes en la actualidad. En Gran Bretaña, las patentes se otorgaban a favor de tecnología desarrollada por inventores extranjeros, de modo tal, que la sociedad inglesa podía disfrutar de esas tecnologías, a cambio de que la misma estuviera protegida, es decir, las patentes en sus orígenes eran incentivos para el intercambio información.

Alrededor de un siglo más tarde, se expide en Venecia la primera patente que muestra las características de una patente moderna para la protección de una invención, territorio donde poco más tarde, en 1474, se aprobó la Ley General de Patentes, mediante la cual se obligaba a que el titular de una patente registrara cualquier nuevo o ingenioso mecanismo no producido previamente dentro de Venecia, y se prohibía reproducirlo a cualquier otro, además de concederle al inventor un monopolio exclusivo sobre su invención por un periodo de 10 años, sancionándose a quien utilizara la invención sin autorización del inventor. Esta ley veneciana resultó un antecedente muy importante y sirvió de modelo base para las legislaciones de varios países.

²⁰ WALLERSTEIN, Mitchell B., *Global Dimensions of Intellectual Property Rights, Science and Technology*, Washington D.C., National Academy Press, 1993, p. 44.

Posteriormente, en 1623, en la Gran Bretaña, se gestó un antecedente interesante en materia de nuestro estudio. El parlamento de Gran Bretaña aprobó el *Statute of Monopolies*, que declaró contrarios a la ley a todos los monopolios de la Corona, cartas y patentes, como reacción a los abusos que se habían perpetrado con las prácticas patentarias de esos días, mismas que llegaron al extremo de no permitir que personas distintas a los dueños de patentes vendieran; papel, cerveza, almidón, sal y otros artículos de consumo, ejemplo que sirve para comprobar que también existen peligros cuando se cometen excesos en pro de la sobreprotección de la producción intelectual, y que apunta a una tendencia que la legislación actual ya ha comenzado a tomar.

En Estados Unidos, en 1784 se crea la *Out Carolina's Act for the Encouragement of Arts and Sciences*, primera disposición sistematizada sobre patentes en ese país. Posteriormente con el *Copyright Act* de 1790 se impuso la idea de separar las diferentes disposiciones sobre derechos de autor y patentes y con el *Patent Act*, de ese mismo año, se plasmaba el propósito de atraer tecnología extranjera, propósito que en sus inicios ya había sido utilizado en la Gran Bretaña desde el siglo XIV.

A la par, en Francia se expedía la Ley de Patentes, en donde las patentes toman el nombre de *brevet d' invention*. Manuel Becerra Ramírez puntualiza que “La ley francesa de 1791 está en medio de dos revoluciones y dos conceptos de protección: la Revolución Industrial que se ha producido en Inglaterra y que basa el éxito de su desarrollo económico en la protección que se otorga a las patentes, y por el otro lado, la Revolución política francesa que termina con todo tipo de privilegios”²¹. De este modo, continúa, la política

²¹ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *op. cit.*, p. 6.

francesa respecto a la propiedad intelectual no derivaba de un privilegio otorgado por la ley, sino de un derecho inmanente, preestablecido, el derecho de propiedad.

A partir de esto, Francia continuó siendo el país cuya producción legislativa marcaría el ritmo de los derechos de propiedad intelectual en general. Específicamente, “en 1844 se expide una ley en esta materia que fundiría varios de los principios que aún rigen al derecho de la propiedad intelectual, como el de “primero en registrar”²².

Finalmente, como primer antecedente de la internacionalización del derecho de propiedad intelectual, se celebra la Convención de París de 1883, que aún a día de hoy continúa siendo un documento relevante en temas de propiedad intelectual, y que marcó la pauta para lo que sería la expansión de la propiedad intelectual en el mundo.

2. Antecedentes de la Propiedad Intelectual en México

México como país, cultura y realidad, siempre se ha pintado de un color muy característico “México es el país más surrealista del mundo” decía André Bretón. Dejando de lado cualquier estigma de patriotismo, resulta difícil no aceptar que México se tiñe de un color propio frente a cualquier otra vida social o cultural. Ya sea que hablemos de su historia, de su presente o de su futuro, lo cierto es que México goza (o sufre) de particularidades que no son fácilmente vistas en otros contextos del mundo, cosa que sucede en mayor o menor medida, también en nuestro tema de estudio.

²² *Ibidem*, p. 8.

Para entender a profundidad el camino que ha tomado el derecho de la propiedad intelectual en México, es importante remontarnos a sus antecedentes históricos más antiguos. Desde los instrumentos normativos de la época de la Nueva España hasta el ya reformado Código de Comercio, y desde éste, hasta la emisión de las leyes que lo rigen actualmente. No sólo a ello, sino que para hacer un estudio profundo de la realidad cultural en México, uno debe de atender a su realidad cultural así como a su potencialidad en el ámbito de la innovación, la industria y el comercio.

Los estados, desde la aparición de los fenómenos inherentes a la propiedad intelectual, han tratado siempre de aparejar la legislación a las necesidades imperantes del comercio y la cultura, en donde México, en mayor o menor medida, ha seguido la tendencia mundial en lo que se refiere a la protección de la propiedad intelectual. Es por ello que la legislación nacional en lo referente a esta materia no está exenta de la influencia que han tenido los más recientes tratados internacionales, por lo que el contexto mundial de los países de occidente permea sin duda alguna en nuestro país. Por ello, en México se han creado diversos cuerpos legislativos con la intención de seguir apenas a cuevas los pasos agigantados del progreso tecnológico, cultural y de transferencia de información, donde a veces, las normas apenas alcanzan a seguir a espaldas y a tuestas el constante y cambiante avance de la creatividad humana y de la tecnología que la acompaña.

A) Antecedentes de la Propiedad Industrial en México

El proceso de avance hasta nuestros días de la propiedad industrial comenzó muchos años después que los primeros antecedentes nacionales que se reconocen del Derecho de Autor, teniendo como primer antecedente, el

Código de Comercio de 1884, en donde brevemente, en tan solo 6 artículos del mismo, se regulaba todo el derecho aplicable a las marcas²³ y donde se establecían sanciones en contra de la falsificación de signos distintivos.

La primer legislación especial promulgada en México en materia de marcas fue la *Ley de Marcas de Fábrica* de 1889, la misma preveía un método de registro sin necesidad de un examen previo, sin embargo, las marcas sí estaban sujetas a un proceso de oposición, que se llevaba acabo dentro de los 90 días posteriores a la fecha de solicitud del registro.

Posteriormente, en 1903, se promulgó la nueva Ley de Marcas Industriales y de Comercio, cuya aplicación le correspondía a la Secretaría de Fomento, Colonización e Industria, misma que define a todo signo o denominación como la característica peculiar usada por el industrial, agricultor o comerciante en los artículos que produce o expende con el fin de singularizarlos y denotar su procedencia²⁴.

Ya en 1928, se promulgó otra ley en la materia, la *Ley de Marcas y Avisos y Nombres Comerciales*, esta ley reglaba que debían considerarse como marcas a todo nombre bajo una forma distinta, y a cualquier medio material que fuera susceptible, por sus características particulares, de hacer distinguibles a los objetos a que trata de aplicar, en relación con los de su misma especie o clase; también, con esta ley, comenzó a hacerse la distinción entre el examen de forma y el examen de fondo. Luego, la ley de 1948 en la materia fue la primera en hacer referencia en conjunto a la “propiedad industrial”.

²³ Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación en 1889.

²⁴ SOLORIO PÉREZ Oscar Javier, *op. cit.*, p. 9.

Posteriormente se promulgó la Ley de Invenciones y Marcas, que entró en vigor el 11 de febrero de 1976, la misma regulaba a las marcas de productos o servicios, e imponía como requisito de estas últimas, que se designara un lugar de negocios, además establecía prohibiciones adicionales a la ley anterior, entre ellas, la disposición también contenida en la Ley de la Propiedad Industrial vigente, que establece que no serán registrables como marca los títulos de obras literarias, artísticas y científicas, y los personajes ficticios o simbólicos, a menos de que se cuente con el consentimiento del propietario²⁵. Tal disposición hacía permear la protección de los derechos de un autor a otra rama del derecho y puede considerarse la primera que en colaboración con las disposiciones de Derecho de Autor de su época, ampliaba el ámbito de protección no solo más allá de su propia legislación, sino más allá de su objeto, prohibiendo la explotación de marcas que al amparo de la Ley del Derecho de Autor eran consideradas obras cuando éstas se utilizan sin la autorización del autor.

Esta misma ley incorporó el concepto de leyendas no reservables por primera vez y hace una distinción expresa de las marcas de productos y de servicios. Respecto a las marcas de origen extranjero, se les concedía tan solo un periodo de protección de 5 años y debían estar vinculadas a un registro de marca nacional. Posteriormente, específicamente, diez años después de que fuera promulgada y publicada la ley de 1976, ésta sufrió algunas reformas, que establecían ya la renovación indefinida de marcas y previendo sanciones contra actos de competencia desleal, que también involucro un leve cambio a la definición preestablecida por la primer versión de la Ley.

²⁵ Ley de Invenciones y Marcas Publicada en 1976.

En nuestros días, el ordenamiento aplicable a materia de propiedad industrial fue publicado el 27 de junio de 1991, bajo el mandato presidencial de Carlos Salinas de Gortari²⁶, que fue expedida bajo el nombre de Ley de Fomento de la Protección de la Propiedad Industrial, y se reformó el 2 de agosto de 1994, para quedar con el nombre con el que se conoce actualmente. Desde su publicación, esta ley ha sido objeto de numerosas reformas, siendo la última la reforma de fecha del 9 de abril de 2012.

B) Antecedentes de los Derechos de Autor en México

En el tema de los derechos de autor en México, los antecedentes se remontan hasta el Siglo XVIII, en donde el Rey Carlos III promulgó, en el año de 1763 una Real Orden, que estipulaba que el derecho de publicación pertenecía exclusivamente al autor²⁷.

Posteriormente, ciertas leyes llegaron a regular algunos aspectos relacionados a los derechos de autor, pero no fue sino hasta 1813, bajo decreto de las Cortes de Cádiz, se promulgó el primer ordenamiento específico en materia de Derechos de Autor, conocido como las *Reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras*, en tales tiempos, ya el título de tal antecedente hace posible entrever que los Derechos de Autor se consideraban primordialmente derechos de índole literaria, no se concebía la protección por medio de este ordenamiento, de las diferentes áreas artísticas que en la actualidad las leyes han tratado de amparar. No obstante, tal decreto preveía ventajas para los escritores, otorgándoles la propiedad de los escritos durante

²⁶ Ley de la Propiedad Industrial, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de julio 1991.

²⁷ SOLORIO PÉREZ Oscar Javier, *op. cit.*, p. 16.

toda su vida, y la posibilidad de además heredar esos derechos a sus herederos por un plazo de 10 años a partir de su fallecimiento.

Luego, en el México independiente, en el año de 1846 se promulgó el Reglamento de la Libertad de Imprenta, en donde se dispuso el derecho vitalicio de los autores para la impresión de sus obras, y una extensión efectiva para sus herederos de hasta 30 años después de su muerte, antecedente que comenzaba a dar pauta a la más que excesiva protección post-vida del autor, en beneficio de los herederos pero en detrimento del bien social.

Posterior a ello, los códigos civiles se encargaron de regular la materia de derechos de autor en nuestro país por mucho tiempo, y no fue sino hasta la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, cuando se elevó a garantía individual la protección de los derechos de los autores y artistas para la reproducción y explotación de sus obras.

Bajo este orden constitucional, la materia autoral se regulaba nuevamente por el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, pero a partir de la década de los años treinta y cuarenta nuestro país comenzó a firmar diversos tratados en materia de derechos de autor, siendo necesario hacer adecuaciones a la normativa nacional, y que a fin de cuentas obligó a crear la primera ley específica de derechos de autor, la Ley Federal del Derecho de Autor, esta Ley le reconocía a los autores los derechos de publicación, representación con fines de lucro, transformación, comunicación, traducción y reproducción parcial o total en cualquier forma, mientras que además extendió la duración del derecho de autor hasta 20 años después de su muerte, a favor

de sus sucesores y tipificó como delitos a algunas violaciones de derechos de autor por primera vez²⁸.

Este ordenamiento especial debió su trascendencia a que fue el texto por el que se adoptó la tendencia del principio de ausencia de formalidades, proveniente de la Convención de Berna, la convención internacional más importante en materia de derechos de autor, y que se entiende como aquel por el cual se reconoce la protección del derecho de autor de una obra, desde el momento en que se crea y se deposita en un soporte material, principio que más adelante será objeto de crítica en el presente trabajo.

Esta legislación que data del 14 de enero de 1948, desarrolló además la figura de la reserva de derechos, figura que establece un sistema de protección para personajes ficticios o simbólicos en obras literarias, historietas gráficas o cualquier publicación periódica, personajes humanos, nombres artísticos y denominaciones de grupos artísticos.

Es de hacer notar que la figura de la reserva de derechos es un sistema utilizado únicamente en México²⁹, mismo que a pesar de ser regulado por la legislación en materia autoral, se asemeja en mayor medida a las marcas (en comparación de las demás figuras del derecho de autor). De hecho su coexistencia con la figura marcaria ha sido materia de diversos debates en nuestro país, sin embargo, hasta hace poco más de 10 años no existía ninguna solución doctrinal, jurisprudencial, ni mucho menos desde el punto de vista del derecho positivo, a la problemática de la “protección acumulada”³⁰. En la

²⁸ SERRANO MIGALLÓN Fernando, *op. cit.*, p. 94.

²⁹ SOLORIO PÉREZ, Oscar Javier, *Op. Cit.* p. 211.

³⁰ CRISTIANI, Julio Javier, *Estudios de Derecho Intelectual en Homenaje al Profesor David Rangel Medina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 236.

actualidad, la reserva de derechos es una figura que implica diversas dificultades para la protección de elementos artísticos, elevando el costo de protección y la incertidumbre jurídica de los particulares.

Si bien es cierto que la reserva de derechos es una institución autoral de especial relevancia en México, específicamente por ser una figura jurídica únicamente regulada en nuestro país, y por resultar interesante su repercusión en la protección de ciertas figuras protegidas simultáneamente por la Ley de la Propiedad Industrial y la Ley Federal del Derecho de Autor, lo cierto es que resulta de poca relevancia para el estudio de merito, pues su naturaleza no responde como tal al acto volitivo-creativo, sino a una figura más concerniente a evitar la competencia desleal, por lo que se hace mención de la misma únicamente por su importancia como antecedente dentro del marco legal autoral mexicano, más no como parte integrante del presente estudio.

Ahora bien, con el constante devenir de cambios, nuevas tecnologías y la ingerencia e importancia que comenzaban a tomar los derechos de autor a mediados del siglo XX en México, se creó una nueva Ley en materia del derecho de autor en 1956, dicha legislación comprendía las retribuciones contempladas para los autores por la explotación de sus interpretaciones, y contemplaba leyes reguladoras de las sociedades de autores.

Tras varias reformas, la Ley de 1956 fue reemplazada por la ley vigente, del 24 de marzo de 1997, que contemplaba diversas novedades, sobre todo con la intención de adecuar su legislación al recién firmado ADPIC (Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio), tal ley fue reformada por primera vez el mismo año, dos meses después de su publicación y desde entonces ha sufrido diversas reformas hasta nuestros días.

Las principales modificaciones contempladas por esta nueva Ley fueron las siguientes:

- a) Se creó la Dirección General del Derecho de Autor.

- b) Se promulga un nuevo decreto que adiciona un título al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

- c) Se reconocen los derechos morales y patrimoniales.

Ya con esta última aportación, la nueva Ley del Derecho de Autor otorgaba un sin fin de posibilidades para facilitar la explotación de una obra autoral, pues, en muchos casos el autor no tiene los recursos suficientes para difundir, publicar o explotar su obra como el deseara, y de alguna manera, el reconocimiento expreso de esa separación entre el derecho moral y patrimonial de los derechos de autor, coadyuvó a que el autor, aún siendo reconocido como tal, se hiciera de medios para difundir su obra al tenor de la protección y los derechos que la ley le reconoce, y al mismo tiempo, otorga a las casas productoras, editoriales, etc. una herramienta legal para hacerse con los derechos de explotación de obras artísticas.

Actualmente, la Nueva Ley del Derecho de Autor, si bien ha sufrido diversos cambios con el ánimo de coadyuvar a mejorar el ámbito de protección de los derechos autorales, se encuentra todavía lejos de lograr la protección ideal y necesaria a los autores y/o incluso a los consumidores de arte. Ya en las postrimerías de la emisión de la Nueva Ley del Derecho de Autor, se ha

engrosado el volumen de discusión respecto a si estos derechos de explotación no resultan un exceso legislativo, mismos que tienen su origen en diversas convenciones internacionales de las que México es parte. Sin embargo, hasta el tiempo en que estas legislaciones no cambien su tendencia, ha de decirse que los receptores de ese arte, es decir, nosotros, no nos vemos precisamente protegidos por la legislación actual del derecho de autor, pues la ley se centra a proteger a los creadores y a quienes en última instancia explotan comercialmente los derechos intelectuales, no obstante, ello sin duda ignora la simbiosis entre el artista y el mundo, lo cual afecta la forma en que el hombre se allega de esas expresiones estéticas y artísticas, por tanto de alguna forma afectando toda la orbe del mundo social, en donde de una forma prácticamente inmensurable, se afecta el ir y devenir del proceso creativo, la retroalimentación del arte y la democracia que imana de la libertad de expresión.

II. PRINCIPALES TEORÍAS EN RELACIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

1. Aislando Conceptos

Desde que comenzaron a estudiarse las instituciones atinentes a la propiedad intelectual, han surgido diferentes teorías que intentan explicar la naturaleza, origen o encause de los derechos derivados de la creación humana. Muchas de estas teorías no solo tratan de explicar la naturaleza de estos derechos sino que además intenta justificar su existencia y por lo tanto la necesidad de ser protegidas mediante el sistema jurídico.

No obstante la creciente homologación de los sistemas jurídicos de los diferentes Estados en todo el mundo, aún persisten corrientes de diversa índole que intentan explicar los derechos derivados de la propiedad intelectual, al punto de existir poco consenso común respecto al sustento doctrinario que justifica este tipo de derechos.

Lo anterior, como en muchos casos en que se estudian ideas o conceptos complejos, sucede en el momento en que los doctrinistas o filósofos aíslan elementos del fenómeno estudiado, que más que ser la substancia o esencia del objeto de estudio son partícula del mismo, y por lo tanto no lo definen sino son parte de éste. Lo que pretende exponer el presente capítulo se centra en dilucidar que las diversas teorías que tratan de justificar y explicar la propiedad intelectual se centran en aislar elementos constitutivos de la actividad creativa, definiéndola de cierta manera mediante esta delimitación, pero dejando de lado sus demás elementos inherentes. Con esto, no pretendemos desconocer el valor de la teoría o afirmar, por este solo hecho, su

erroneidad, pues sin duda son un gran aporte para la comprensión y acercamiento a la naturaleza de los fenómenos relacionados a la creación intelectual, sino simplemente señalar que las mismas podrían ser consideradas inacabadas en sus pretensiones o conclusiones.

A continuación se apreciarán las principales teorías que estudian y tratan de explicar la naturaleza de la Propiedad Intelectual. Tal y como puede suceder con cualquier teoría, las justificaciones que a continuación se presentan muestran matices e inclinaciones hacia un determinado elemento del objeto de estudio, por lo que cada teoría, de una manera u otra, explica de modo aislado un elemento importante de lo que puede entenderse como “propiedad intelectual”. A partir de esta afirmación y atendiendo a lo que se expondrá de cada una de las principales teorías de la propiedad intelectual, tratemos de unificar sus premisas más valiosas para emitir un criterio ecléctico que coadyuve a acercarnos a un mejor entendimiento de la naturaleza del fenómeno tan complejo que son las creaciones intelectuales.

A) Teoría Utilitarista

Esta teoría de justificación, popular entre los países del *Common Law* de derecho consuetudinario, se centra en la premisa de que los derechos derivados de la propiedad intelectual no emanan del derecho natural, sino que surgen por una disposición del Estado. La doctrina utilitarista entonces, busca como pilar para la justificación de estos derechos la búsqueda de un estado de beneficio social neto, es decir, la incentivación de la innovación y la actividad creativa, y el beneficio que la sociedad obtiene derivado de ellos.

Bajo esta teoría, la importancia de estos derechos radica en el equilibrio entre los derechos de exclusividad que otorgan los derechos intelectuales y el aprovechamiento que el público en general pueda disfrutara raíz de estas creaciones humanas. En ese sentido, la teoría utilitarista basa su hipótesis en el bien que puede crear a la sociedad la protección de la propiedad intelectual, es decir, en el incentivo que puede generar en el creativo, el “monopolio” que la ley le confiere, y que de alguna manera crea en la sociedad un cierto bienestar, al producirse nuevas tecnologías y avance en el conocimiento humano.

Sin embargo, esta teoría no puede entenderse sin la participación del Estado, pues es a partir de la ley, que éste crea, de donde derivan los derechos de la propiedad intelectual, justificándose bajo la premisa de que el reconocimiento de tales derechos implica un incentivo para el Estado y la sociedad como herramientas, para la búsqueda del fortalecimiento del estado en su conjunto y de su poder, pues este obtiene riquezas a través del desarrollo de nuevas tecnologías, y obteniendo monopolios en relación al comercio exterior. Así, tal y como lo puntualiza Roberto Garza Barbosa, la finalidad del utilitarismo es maximizar la utilidad de la sociedad³¹, donde el beneficio (teóricamente) consiste en la disponibilidad de las obras artísticas y literarias para que la sociedad las disfrute y tome un beneficio de las mismas.

Considerados los mayores exponentes de esta teoría, William Landes y Richard A. Posner, concluyeron que los derechos de propiedad intelectual o los artefactos o instrumentos de esta materia, creados por el intelecto humano, en muchas ocasiones son de fácil disposición, replicación o utilización por persona ajena a quien realizó el trabajo intelectual. En ese sentido, los creadores y autores se ven impedidos en recuperar lo que estos teóricos llamaron “costos

³¹ GARZA BARBOSA, Ricardo, *Derechos de Autor y Derechos Conexos, Marco Jurídico Internacional, Aspectos Filosóficos, Sustantivos y de Litigio Internacional*, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 13.

de expresión”³², es decir; el tiempo, conocimientos, habilidades y esfuerzo dedicados a la creación de una obra o de un invento, elementos que considerados como inversiones, son dispensadas por quienes no fueron creadores de las obras en cuestión, por tanto, resultando en un comercio muy barato y lucrativo, pues limita a realizar la mera copia de obras o inventos originales, sin que los plagiarios o piratas, inviertan esfuerzo, tiempo, conocimientos o técnica, sino que su costo se limita a la copia y la reproducción de la obra, siendo evidentemente más barato y más lucrativo para ellos por el hecho de no absorber ese costo de expresión.

Así, a *contrario sensu*, en la medida en que no existan los mecanismos idóneos para que los autores e inventores puedan proteger sus obras, en esa medida se verán los creadores desmotivados a crear y a innovar, siendo de evidente interés estatal y social, la protección de estos derechos para el constante enriquecimiento humano y social en cualquier grado, no solo de una sociedad o un estado, sino de la humanidad en su conjunto.

La avasalladora practicidad de esta teoría pareciera no dejar lugar a dudas respecto a la veracidad de sus posturas, sin embargo, como punto negativo, es importante remarcar que esta hipótesis solamente se entiende si se tiene en cuenta el papel protagónico del Estado como ente otorgante de derechos, que, bajo una perspectiva más teleológica, resulta incorrecta, pues los derechos derivados de la actividad intelectual no derivan del reconocimiento del Estado, sino de la actividad intelectual misma.

Incluso, el enfoque incentivador de esta postura se encuentra con una infranqueable contradicción, donde, una de las principales fuentes legislativas

³² LANDES William y A. POSNER Richard, *An Economic of Copyright Law*, Estados Unidos de America, The University of Chicago Press, 1989, p. 327.

de esta postura, (la U.S. Copyright Act de 1909), muestra entre líneas el espíritu supuestamente enfocado al bien común del instrumentalismo o utilitarismo:

“La Constitución no establece los derechos de autor, sino prevé que el Congreso tendrá el poder de otorgar esos derechos si piensa que es lo mejor. No principalmente para el beneficio del autor, sino principalmente para el beneficio del público, es que esos derechos son dados³³.”

Lo expresado por la exposición de motivos de la *Copyright Act* Estadounidense muestra cómo la teoría utilitarista pretende crear bienestar social, mediante los privilegios concedidos por ley a los autores, más sin embargo, exponiendo que tales privilegios no se conceden con el fin de beneficiar a los autores mismos sino a la sociedad en general, cayendo en una clara contradicción. Ello en primer lugar porque el beneficiario directo de estos privilegios es el autor o el titular del derecho, lo que implicaría que la sociedad no fuera la beneficiaria en primera instancia sino solamente por añadidura o *default*. En segundo lugar, si bien pudiera ser que estos derechos resultan un incentivo para la innovación y la creación, resulta claro que la exposición de motivos de la *Copyright Act*, y esta teoría en general, ignoran completamente la naturaleza creativa del hombre, siendo que este estímulo poco significa sin la vocación inventiva y creativa inherente a la persona, y que resulta ser realmente la razón primaria y primigenia para que el hombre transforme y cree.

No es óbice a lo anterior conceder que los tiempos actuales añaden una complejidad especial al tema de las invenciones y obras. Según ha avanzado el hombre en el conocimiento del universo y en descubrir y transformar su

³³ Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos de América. Sexagésima Legislatura, segunda sesión.

entorno, han aumentado los retos para la innovación y la tecnología, pues la complejidad de las nuevas incógnitas y las invenciones han aumentado exponencialmente, siendo de mayor relevancia la inyección de dinero en el desarrollo. Por ello, los estándares de inversión mínima para crear innovación se han encarecido y los incentivos a la inversión se han vuelto indispensables en este ámbito del comercio, de tal suerte que la ley se ve constreñida por el nuevo orden comercial a otorgar beneficios que vuelvan rentables las inversiones a los capitalistas, ya que la importancia de las patentes y de los derechos de propiedad intelectual otorgados por los derechos derivados de la actividad intelectual no pueden entenderse sin un estudio al tenor de la su valor económico.

Así, un asunto importante que debe sin duda tratar la ley de la materia intelectual, es esgrimir el problema de la falta de apropiabilidad de la innovación, puesto que si una parte de los frutos de la inversión no puede ser apropiada por el innovador no sólo se estaría vulnerando el interés del innovador en obtener todos los beneficios que le pueda brindar la novedad de su creación sino que también se afectaría el incentivo posterior a nuevas innovaciones.

En este sentido, la visión de esta teoría resulta, por su practicidad, importante para la incentivación del desarrollo, sin embargo, persiste la duda de si bajo esta justificación teórica verdaderamente se logra el mayor beneficio a nivel social, lo que de hecho trastocaría el fin mismo de justificación que persigue esta teoría. Aunado a lo anterior, no podemos perder de vista que su enfoque resulta meramente práctico y no refleja la verdadera naturaleza de la “propiedad intelectual”, como se podrá vislumbrar tras realizar un estudio de las demás teorías principales al respecto.

B) Teoría de la Propiedad

Esta teoría viene aparejada de varios entendidos que son aplicables al concepto in-abstracto del derecho real de propiedad como lo conocemos, y que se remontan al concepto de derecho de propiedad romano, mismo que dividía las prerrogativas del derecho de propiedad en las siguientes:

1. *ius utendi*: El derecho de servirse de la cosa conforme a su naturaleza.
2. *ius fruendi*: El derecho de servirse del producto de la cosa.
3. *ius abutendi*: El derecho de disponer de la cosa de manera total y el poder de destruir la cosa.
4. *ius vindicandi*: El derecho de reclamo de la devolución de la cosa, de otros tenedores y poseedores.

A su vez, puede definirse la propiedad como el derecho real de usar, gozar y disponer de un bien en forma absoluta, exclusiva y perpetua. Según lo apunta el Licenciado Rafael Rojina Villegas, estudioso del derecho civil y ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Nuestra Nación, la propiedad es “El poder que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho objeto³⁴”.

³⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil II Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, 2008, México, Porrúa, [s.p.].

Mientras tanto, García Máynes apunta “es la facultad –correlativa de un deber general de respeto—que una persona tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir”.³⁵

Ahora bien, de lo anterior se desprende que el derecho de propiedad es el derecho real por excelencia, que, en términos amplios, permite al propietario disponer de la cosa de manera ilimitada, salvo en lo que expresamente le prohíba la ley. De ello, puede vislumbrarse que los bienes inmateriales no son precisamente afectos a un derecho de propiedad como tal, pues no puede ejercerse de manera absoluta sobre el bien que fue creado.

Esto se afirma en virtud de que cualquier objeto creado y luego percibido por un tercero, es susceptible de ser imitado, copiado, o asimilado por una persona, en virtud de sus características expresivas. Por ejemplo, cuando una persona escucha una canción y memoriza su letra, es capaz de cantarla para sí mismo cuantas veces quiera, es decir, disfruta del bien “propiedad” de un tercero, porque es capaz de imitar al bien original. Lo mismo puede suceder con un dibujo, una pintura o incluso un diseño, una persona con la suficiente pericia podría ser capaz de rehacer una obra (imitándola totalmente o simplemente inspirándose en ella) para su propio disfrute, y no solo eso, sino que puede afirmarse que cualquier creación ulterior a una obra o invención es producto de las demás obras o invenciones, por lo que de alguna manera el creativo se “apropia” o beneficia de los frutos de las demás creaciones intelectuales.

Otra diferencia es el hecho de que, el derecho de propiedad se ejerce sobre bienes posibles, que “existen en la naturaleza”, los derechos de

³⁵ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1970, p. 118.

propiedad intelectual, se ejercen de la misma manera pero sobre bienes “transformados”, es decir, que ya existían en la naturaleza y/o en la siquis del creador, y que son manipulados en la realidad por éste mismo, como lo expresa lacónicamente Alfredo Loredo Hill: “El autor está legitimado para crear su propio derecho”³⁶.

En este entendido, es que se critica la teoría del derecho real de propiedad y su comparación y contraste con la de la propiedad inmaterial. En relación con los 4 aspectos o prerrogativas que derivan del derecho de propiedad, resulta posible hacer una diferenciación de cómo éstos se presentan de diferente manera en lo que toca a los bienes de origen intelectual.

1. *Ius Utendi*: Una vez creada la cosa, el autor o creador es quien de manera primigenia tiene el derecho de usarla o disfrutarla conforme a su naturaleza, algo similar a lo conocido en derechos de autor como derecho de paternidad.

2. *Ius Fruendi*: El derecho primigenio del autor de servirse de los frutos que le genere la cosa creada, ya sea la explotación de una marca, una patente o de una obra. Al respecto, David A. Rangel Ortiz, menciona que “el autor es el titular originario del derecho patrimonial”³⁷. Sin embargo, tenemos que no solo el creativo se sirve de los frutos del bien creado, sino todos cuantos conocen y producen a partir de él.

³⁶ LOREDO HILL Alfredo, *Estudios de Derecho Intelectual en Homenaje al Profesor David Rangel Medina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, P. 21.

³⁷ RANGEL ORTIZ David A., *Estudios de Derecho Intelectual en Homenaje al Profesor David Rangel Medina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 150.

3. *Ius Abutendi*: El derecho que tiene el autor o creador de disponer de su obra de manera total y de determinar si su obra se divulga, es decir, derecho de divulgación o derecho al inédito en su sentido contrario. Sin embargo, considerando este punto, el *ius abutendi* no puede ser ejercido de manera plena por el creador, pues éste no dispone de manera total de su obra, ni puede destruirla totalmente, pues una vez que es divulgada a terceros, se vuelve parte de la cultura y del conocimiento de terceros y por ende no puede destruirse, al formar parte de otros individuos que son capaces de percibirla, interpretarla o recordarla.

4. *Ius Vindicati*: El cual, se refiere a la facultad del propietario de exigir la devolución de la cosa. Al respecto, en derechos de autor se reconoce el derecho de retracto, que se concede al autor que por algún cambio, encuentre incompatible la permanencia de su obra en el comercio o al público, derecho que pudiera considerarse análogo al *Ius Vindicati* que se entiende para los bienes materiales desde el Derecho Romano. Además, el *Ius Vindicati* comparte algunas similitudes con el derecho de paternidad ya mencionado anteriormente. No obstante, resulta plausible afirmar que las prerrogativas inherentes al *Ius Vindicati* tampoco la pueden ejercer plenamente los creadores, ello porque nuevamente, tratándose de bienes inmateriales, una vez que son divulgadas a terceros, las mismas comienzan a formar parte de ellos y no pueden devolverse como tal al creador o autor.

No obstante que puede reconocerse que de una forma u otra, los derechos derivados de la actividad intelectual y los derechos de propiedad comparten ciertas similitudes, lo cierto es que el derecho de propiedad, como

ha sido concebido desde tiempos del derecho romano, y aún hasta nuestros días, resulta un derecho mucho más amplio que el que los autores pueden ejercer respecto de sus obras, ello no sólo por la manera en que el sistema jurídico ha otorgado prerrogativas a éstos a modo de proteger su “propiedad” intelectual, sino por la imposibilidad natural y física del autor de ejercer autoritariamente su derecho, siendo que los derechos intelectuales, al engendrarse en gran medida en el intelecto, o en el “*commons*” intelectual, son aprovechables por diversas personas, desde el momento en que éstas son capaces de percibir la creación o invención y de, en mayor o menor medida, adueñarse o aprovecharse de ella, ya sea dentro o fuera del marco legal.

Conocer la realidad de la “propiedad” intelectual implica admitir que algunos de los derechos que hasta ahora han sido reconocidos a los creadores, no son sino invenciones legislativas, y que no obstante el consenso internacional que existe en el otorgamiento de estos derechos, algunos no provocan otra cosa sino el retroceso evolutivo natural de la sociedad, ya sea global o regional, pues se ha perdido de vista que con la creación intelectual, no se genera riqueza solamente para el creador, sino para la humanidad en conjunto.

C) Teoría de la Personalidad

Esta teoría deriva en gran medida del pensamiento filosófico de Immanuel Kant y George Wilhelm Friedrich Hegel y postula que los derechos de autor son un derecho de la personalidad, cuyo objeto está constituido por una obra intelectual considerada como parte integrante de la esfera de la personalidad misma. Autores tales como M. Bertand y Bluntschli, afirman que

el derecho del autor sobre su obra puede equivaler al que tiene cualquier persona sobre su decoro, su honor y reputación³⁸.

Para estos autores la analogía del derecho de autor con el de propiedad no lograba agotar la relación que existe entre el autor y su creación. Así, Kant asemeja los derechos de la personalidad con los derechos de autor, pues cualquier creación humana tiene origen en el interior de la persona, son una extensión del mismo. Los derechos de personalidad se definen como “el conjunto de derechos inherentes a la propia persona, que todo ordenamiento jurídico debe respetar, por constituir en definitiva manifestaciones de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual”.³⁹

Respecto a los contrastes de los principales autores de esta teoría, Kant concebía a los trabajos literarios o artísticos como una parte de la persona y por tanto como algo inalienable, punto que es del todo correcto si tomamos en cuenta los derechos morales del autor, que según nuestra legislación son inalienables y solo en ciertos aspectos, es susceptible de heredarse tal y como lo prevé el artículo 18 y 19 de la Ley Federal del Derecho de Autor del 24 de diciembre de 1996, texto en materia de derechos de autor vigente actualmente en México:

“Artículo 18.- El autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación.

³⁸ BERTAND M. y BLUNTSCHLI, *apud*, LOREDO HILL Adolfo, *op. cit.*, p. 22.

³⁹ GARZA BARBOSA, Roberto, “*La filosofía de la propiedad intelectual. ¿Para qué sirve?*” México, *Iustitia*, noviembre de 2003, p. 197.

Artículo 19.- El derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable”.⁴⁰

De lo anterior, observamos que a los derechos de la personalidad y a los derechos de autor la legislación civil de Jalisco les reconoce características similares y coincidentes, nuestro Código Civil de Jalisco se pronuncia de la siguiente manera respecto a los Derechos de la Personalidad:

Artículo 26. Los derechos de personalidad son:

I. Esenciales, en cuanto que garantizan el desarrollo

individual y social, así como la existencia digna y reconocida del ser humano;

II. Personalísimos, en cuanto que por ellos alcanza su plena individualidad la persona humana;

III. Originarios, ya que se dan por el sólo nacimiento de la persona, sin importar el estatuto jurídico que después pueda corresponder a la misma;

IV. Innatos, ya que su existencia no requiere de reconocimiento jurídico alguno;

V. Sin contenido patrimonial, en cuanto no son sujetos de valoración pecuniaria;

VI. Absolutos, porque no es admisible bajo ningún concepto su disminución ni su confrontación y valen frente a todas las personas;

VII. **Inalienables**, porque no pueden ser objetos de enajenación;

VIII. Intransmisibles, porque son exclusivos de su titular y se extinguen con la muerte;

IX. **Imprescriptibles**, porque no se pierden por el transcurso del tiempo; e

X. **Irrenunciables**, porque ni siquiera la voluntad de su titular basta para privar su eficacia.

Si bien es cierto que el Código Civil Federal no contiene una descripción tan detallada de las características de los derechos de la personalidad, también es correcto decir que el Código Civil del Estado de Jalisco no basó el anterior

⁴⁰ Ley Federal del Derecho de Autor de Publicada en el Diario Oficial de la Federación en 1996.

listado en una práctica legislativa caprichosa, sino en un estudio concienzudo y minucioso de la doctrina que ha estudiado los derechos de la personalidad; así, como ejemplo, Eduardo de la Parra Trujillo cita numerosos doctrinistas como; Gutiérrez y González Ernesto, José Javier López Jacoiste, Ignacio Galindo Garfias, entre otros, con el fin de enlistar las siguientes características inherentes a los derechos de la personalidad, mismas que resultan analógicas a lo establecido por el artículo 26 del Código Civil del Estado de Jalisco, y que resultan;

Entre las principales características de los derechos de la personalidad podemos destacar las siguientes;

- a) Son patrimoniales pero no pecuniarios;*
- b) Son oponibles erga omnes;*
- c) Su titular es generalmente una persona física;*
- d) Son intransmisibles;*
- e) Son personalísimos;*
- f) Varían de época en época, de sociedad en sociedad;*
- g) irrenunciables;*
- h) inembargables;*
- i) imprescriptibles;*
- j) Son derechos Subjetivos⁴¹;*

Ahora bien, de una comparación de ambos derechos, según el concepto de nuestra legislación mexicana y local, podríamos agregar que los derechos de la personalidad son, al igual que los derechos de autor, inembargables, pues no son susceptibles de embargo al ser derechos

⁴¹ DE LA PARRA TRUJILLO Eduardo, "Derechos de la Personalidad: Teoría General y su Distinción con los Derechos Humanos y Garantías Individuales", <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr10.pdf> fecha de consulta: 04 junio 2014.

inherentes a la persona. Podría atribuirse a ambos la característica de absolutos, argumentando esto en razón de que el autor siendo el primigenio, único y perpetuo titular de los derechos morales, no puede verse menoscabado en su título de creador, es algo inherente a su relación intrínseca entre la persona y su obra, hecho que resulta análogo al derecho de paternidad que un autor tiene sobre su obra y que como bien lo puntualiza Fernando Serrano Migallón, puede definirse como: la prerrogativa de exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima⁴². En cuanto a la característica de la fracción V “Sin contenido patrimonial”, esta también es compartida por los derechos morales pues al no ser susceptibles de valoración pecuniaria, no son susceptibles de enajenarse.

Otro derecho que se reconoce doctrinalmente en materia de derechos de autor es el llamado *derecho de repudio*, en virtud del cual una persona podrá oponerse a que se le atribuya una obra que no es de su creación⁴³, derecho íntimamente relacionado con el derecho al honor de cualquier persona, otra faceta de los derechos de la personalidad.

Ahora bien, refiriéndonos a las primeras cuatro características, que parecieran tener relación entre sí pues se refieren de manera más estrecha e íntima a las características inherentes a la persona, podemos hacer una comparación análoga de cada una de éstas;

⁴² SERRANO MIGALLÓN FERNANDO, *Estudios de Derecho Intelectual en Homenaje al Profesor David Rangel Medina*, Universidad Autónoma de México, México, 1998, p. 59.

⁴³ *Idem*.

- I. **Esenciales**, en cuanto que garantizan el desarrollo individual y social, así como la existencia digna y reconocida del ser humano; Tal característica puede ser perfectamente reconocida respecto de los derechos morales que le reconoce nuestra legislación a cualquier autor, porque no puede imaginarse de ninguna manera un ambiente social o individual sin la actividad creativa del ser humano, ni de su cultura.

- II. **Personalísimos**, en cuanto que por ellos alcanza su plena individualidad la persona humana; Característica muy estrechamente ligada al postulado de la teoría de la personalidad postulada por Immanuel Kant, en donde la obra es parte de la individualidad de la persona que lo crea.

- III. **Originarios**, ya que se dan por el sólo nacimiento de la persona, sin importar el estatuto jurídico que después pueda corresponder a la misma; Esta característica tiene una estrecha relación con la atribución innata de los derechos morales, no se dan por el nacimiento de la persona, pero sí por el nacimiento y exteriorización de una idea, que tuvo origen en una.

- IV. **Innatos**, ya que su existencia no requiere de reconocimiento jurídico alguno; Característica reconocida en nuestra legislación por la Ley Federal del Derecho de Autor en su artículo 5.

Respecto a la característica de innatos de los derechos de la personalidad y los derechos de autor, la Ley Federal del Derecho de Autor vigente en nuestro país, en su artículo 5 señala expresamente que la protección a los derechos de autor no se encontrará condicionada a ninguna formalidad, salvo por lo que se refiere a que se fijen en un soporte material.

Artículo 5º de la Ley Federal del Derecho de Autor:

Artículo 5o.- La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna.

Es decir, no es un requisito para la protección de los derechos morales que se cumpla con formalidad alguna, el único requisito exigido por la ley es que la voluntad del autor se exteriorice y se plasme sobre un soporte material. En otras palabras, el derecho nace desde que el arte surge en el mundo material.

En base a esta teoría es que en gran medida se ha desarrollado la visión contemporánea del derecho de autor, pues quienes han desarrollado esta visión, en su corriente Kantiana, se han inclinado a establecer un carácter dualista, es decir, estableciendo la diferencia entre los derechos morales y los derechos patrimoniales. Esta aportación, que permeo profundamente en el Convenio de Berna de 1886 y posteriormente en nuestra legislación nacional vigente, resultó en un avance importante en aras de definir la compleja y ecléctica naturaleza de

los derechos de la propiedad intelectual. Sin lugar a dudas, lo anterior permite entrever la inmanencia de los derechos morales inherentes a cualquier forma de creación, hecho que no es reconocido como tal en la legislación propia a la propiedad industrial, y que en definitiva implica un obstáculo para el debido reconocimiento de los derechos intrínsecos a cualquier actividad creativa.

Ha de decirse que la dicotomía observable en los derechos de autor coadyuva especialmente a los propósitos de este estudio, ello porque permite separar los elementos duales de un derecho que resulta especialmente particular, no solo en razón de su complejidad, sino con motivo de los elementos tan complejos que protege. La división de los derechos patrimoniales y morales sin duda ayuda a entender la intrincada substancia inane a los derechos de la propiedad intelectual, y que inexplicablemente no es igualmente reconocida en el ámbito de la propiedad industrial.

D) Teoría de los Derechos Intelectuales

Desarrollada por el jurista belga Edmund Picard, que durante una conferencia afirmó que la división tripartita del derecho romano no agotaba todos los derechos (derechos reales, personales y obligaciones), introduciendo los derechos intelectuales.

Oscar Javier Solorio Pérez, valora las conclusiones de Edmund Picard, como una gran aportación a la rama de la propiedad intelectual que hasta entonces no se reconocía, como es el caso de rebautizar a

estos derechos como derechos intelectuales para referirse a la propiedad intelectual⁴⁴.

E) Teoría de la Competencia Económica

Esta teoría se sostiene principalmente para referirse al derecho de la propiedad industrial, sin embargo, sus postulados son de uso útil para referirnos a cualquier tipo de creación o figura referente a la propiedad intelectual.

Tal y como lo explica esta corriente de pensamiento, que se basa en teorías económicas, resulta ilícito aprovecharse del prestigio legítimamente ganado por un competidor, utilizando el mismo elemento o uno parecido, de tal forma que produzca o induzca a la confusión de los competidores.⁴⁵

Para algunos autores, el derecho de marcas y patentes (incluidos modelos de utilidad y diseños industriales) no es sino una rama de un área más amplia, conocida como Competencia Desleal o Prácticas Comerciales Desleales. El postulado de esta teoría podría resumirse en la afirmación, de que nadie puede aprovecharse de los logros estimativos de un competidor, ya sea por su actividad en el ámbito de la innovación, o por su posicionamiento lícito en el mercado.

⁴⁴ SOLORIO PÉREZ Oscar Javier, *Op. Cit.*, p. 50.

⁴⁵ W. PATTISHALL Beverly, *Trademarks and Unfair Competition*, Nueva York, LexisNexis Publishing Co., 2000, p. 4.

Trasladado al ámbito del derecho de autor, podría colegirse que esta teoría; en un sentido positivo, reconoce derechos a los propietarios de los bienes inmateriales, y, en su sentido negativo, prohíbe su uso, explotación, reproducción u análogos a los competidores que carecen de autorización o de derecho para usarlos.

Luego, autores como Eduard Reimer, ubican a las normas marcarias entre aquellas que, al formar parte del derecho de la competencia desleal, están dirigidas a proteger la reputación de una empresa o una institución vinculada con ésta⁴⁶, sin duda, remontándonos al postulado sostenido por la teoría de la personalidad, puesto que el enfoque de la competencia económica reconoce la protección al nombre y honor de una marca en relación a su propietario o autorizado.

En nuestro país no existe un pronunciamiento expreso respecto a esta teoría, pero tampoco se ha presentado oposición entre los autores especializados, los textos sobre competencia económica parecen no contradecir esta teoría, toda vez que reconocen, que los productos enfocados a la innovación constituyen mecanismos “que estimulan el modelo de competencia económica perfecta, al contribuir a alcanzar mayor eficiencia en la asignación de recursos y el beneficio mutuo del intercambio que da lugar a la eficiencia competitiva”⁴⁷.

⁴⁶ SOLORIO PÉREZ Oscar Javier, *op. Cit.* 46.

⁴⁷ PEREZNIETO CASTRO Leonel y GUERRERO SERREAU R.R., *Derecho de la Competencia Económica*, Oxford University Press, México, 2002, pp. 57-70.

F) Teoría de la Planeación Social

Teoría muy similar a la utilitarista en cuanto a su teleología, pues se centra en el interés que tiene la sociedad en incentivar un cierto grado de bienestar y de fomentar la cultura. Este tipo de vertiente teórica tiene sus orígenes de juristas e ideólogos de la política y el Derecho tales como Thomas Jefferson e incluso algunos cortes de la teoría marxista.

Según lo detalla William Fisher, los derechos de propiedad intelectual y en particular los derechos de autor pueden ayudar a promover una sociedad civil “robusta, participativa y pluralista” de la siguiente manera:

1. Función productiva: los derechos de autor proveen un incentivo para la expresión creativa en una gran variedad de aspectos políticos, sociales y estéticos, impulsando la fundación discursiva de una cultura democrática y una sociedad civil.
2. Función estructural: los derechos de autor apoyan a un sector de la actividad creativa y comunicativa que es relativamente libre de la necesidad de apoyos o subsidios⁴⁸.

Los defensores de esta teoría argumentan que debe disminuirse el término de protección para, proporcionalmente, incrementar el bienestar social y la oportunidad y alcance del arte a las esferas del dominio público, este enfoque, que incentivaría el uso y la transformación creativa del estado de la técnica y del arte en general, se inclina a buscar el beneficio colectivo antes que el económico o individual. En ese sentido, comparto en gran medida ésta

⁴⁸ FISHER III William, *The Growth of Intellectual Property: A History of Ownership of Ideas in the United States*, Harvard University Press, Boston, 2003, p. 22.

postura, pues considero que la legislación debe reconocer el papel que toma la inercia social y cultural en toda creación humana. De ahí que disposiciones como las de la Ley Federal del Derecho de Autor, que establece periodos de protección de más de 100 años para obras artísticas resulte un exceso legislativo, pues no puede perderse de vista, que la cultura y las ciencias se nutren de sí mismas, de modo que autogeneran, en un ciclo interminable y recíproco, todas y cada una de las nuevas obras que de los autores y artistas emanan. Es decir, permitir un mayor acceso a las artes y las ciencias no tendría otro resultado que producir bienestar y mayor actividad artística y científica, pues de ese modo la legislación acompañaría y respaldaría, paralelamente, la naturaleza del fenómeno de la creatividad humana.

G) Teoría del Monopolio o Privilegio

Definición de Monopolio: del latín *monopolium* y éste del griego *monopolion*. Aprovechamiento exclusivo de algo⁴⁹.

Esta teoría establece que la propiedad intelectual es un proceso de explotación de monopolio, que encuentra su base en dos obligaciones: por una parte, en el ámbito pasivo, existe una obligación de no imitar, la cual se impone a toda persona que se encuentra con una creación ya existente y, por otra parte, en su vertiente activa, una obligación de impedir esta imitación, por parte del Estado. Sin embargo, sus hipótesis han quedado prácticamente desacreditadas puesto que las legislaciones de diversos países admiten que deben reconocerse derechos o privilegios a los autores o inventores por su actividad creadora, mismo que no constituye un monopolio sino que resulta fundamentalmente una concesión de privilegio otorgado por el soberano a los

⁴⁹ BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, UNAM, México, 1998, p. 24.

artistas e industriales. Profundizando en lo anterior, el magistrado Jean Claude Tron Petit puntualiza lo siguiente: “Se ha dicho que las patentes crean monopolios, en su connotación peyorativa. Esta conclusión es incorrecta pues ello requeriría, como condición, que existiera la demanda de un producto o servicio aunado a que el agente tuviera poder sustancial o dominio en ese mercado de modo que le permitiera fijar las condiciones de venta⁵⁰”.

Incluso, en su numeral 28, nuestra Carta Magna reconoce tal sentido de la siguiente manera:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la prácticasmonopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

...

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

...

No obstante, es importante entrever que en la actualidad los marcos legales nacionales de diferentes países también han reconocido que los derechos de la propiedad intelectual, si bien no constituyen un monopolio, sí pueden resultar en prácticas anticompetitivas o desleales, lo cual interrumpe y perjudica el sano comercio y por ende las economías nacionales.

⁵⁰ TRON PETIT, Jean Claude, *Propiedad Intelectual y Competencia Económica*, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 119.

Casos interesantes se han discutido, sobretodo en relación al otorgamiento de patentes o el uso de contenidos televisivos, en donde los derechos de la propiedad intelectual son más vulnerables a ser ejercidos de manera desmedida, por tanto abusando de las prerrogativas que la ley otorga y contraviniendo el propósito y razón misma de estos derechos.

2. Discusión sobre el concepto “Propiedad Intelectual”

Como ya fue tratado anteriormente, el concepto de “propiedad intelectual” fue empleado mucho tiempo después de que existieran como tal los derechos que ahora se entienden son englobados por este concepto. Al respecto, ha habido cierta crítica, versando sobre la base de que el concepto de “propiedad” no es del todo adecuado para entender los derechos que protege la hasta ahora llamada “propiedad intelectual”, ni desde la perspectiva del derecho anglosajón, ni desde la visión romano-germánica⁵¹.

Así, tomando un poco las bases asentadas por Edmund Picard, Becerra Ramírez sugiere simplemente suprimir la palabra “propiedad” y denominarlos “derechos intelectuales”, o bien “derecho de los creadores” o como otra opción “derechos incorpóreos”...⁵². Si bien su servidor concuerda con que la palabra “propiedad” no alcanza a englobar correctamente las prerrogativas de los hasta ahora nombrados derechos de la “propiedad intelectual”, resulta cierto también que algunas de las sugerencias expresadas por autores para correctamente bautizar estos derechos son en cierta medida inadecuadas. Por ejemplo, el concepto de “derechos incorpóreos”, en definitiva resultaría equivocado, porque tratando de describir a los bienes intangibles, figuras que la propiedad

⁵¹ BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Op Cit.*, p. 59.

⁵² *Ibidem*, p. 60.

intelectual protege, obsta considerar que todos los derechos son en efecto incorpóreos, independientemente de si los mismos resultan derechos reales, personales o derivados de intangibles, resultando un pleonasma conceptual.

Es de opinión propia de este autor, que de las propuestas conocidas para englobar lo que hasta ahora se conoce como “propiedad intelectual”, considero la más apropiada la de “derechos intelectuales”, entendiendo este como los derechos o facultades que se derivan de una creación de origen intelectual, cuyo producto es una novedad o alteración de la realidad material.

Al respecto, y para entender mejor por qué el concepto de “propiedad intelectual” no agota satisfactoriamente todos los derechos que engloba la propiedad intelectual, el derecho de autor o el derecho de patentes, resulta muy valioso remitirnos al Jurista Miguel Villoro Toranzo que expresa: “El derecho como facultad recibe el nombre de “derecho subjetivo”, por atender al “sujeto” que tiene la facultad o poder (el derecho), bajo la protección de la ley, de usar y disponer de algo libremente y con exclusión de los demás. El derecho subjetivo por excelencia es el derecho de propiedad...”⁵³. Tal y como lo apunta Villoro Toranzo, el derecho de propiedad es el derecho subjetivo por excelencia, es decir, es la prerrogativa que de manera más pletórica permite al sujeto disponer de un bien o de una cosa, otorgándole un poder absoluto sobre su propiedad, que además es excluyente de los demás individuos. Esta descripción simplificada del derecho de propiedad sin duda nos permite concluir que el término de propiedad no se ajusta a las particularidades inherentes de los derechos intelectuales, pues tales derechos no se ejercen de manera total y excluyente sobre los bienes materia de protección, sino que los mismos en realidad son percibidos y disfrutados por tantas personas como sean capaces de tener contacto con ellas, e incluso, son susceptibles de ser transformados

⁵³ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 6.

por las mismas. De hecho, me parece que una finalidad primaria de los bienes afectos a la “propiedad intelectual”, son el efecto de ser aprovechados, disfrutados y transformados por los demás individuos, pues ésta misma cadena de creación es la que permite el progreso y la cultura, y debe ser reconocida y protegida por el ámbito del derecho, siendo en esta en donde reside el mayor bien social. Por ello, considero que el término “derechos intelectuales” es el más acertado para denominar a la hasta ahora llamada “propiedad intelectual”, incluso, si se me permitiera ser aún más preciso, yo propondría como cambio, la denominación “derechos de la actividad intelectual”, aunque resulta una denominación prácticamente definitoria por sí misma, me parece que engloba de mejor manera el origen y la naturaleza de los derechos intelectuales.

3. Justificación de la existencia de la Propiedad Intelectual

Nuestra propia constitución, en su artículo 28 eleva a rango constitucional la institución de los derechos de autor y la propiedad industrial. La misma, reza que no constituyen monopolio los derechos que por determinado tiempo se conceden a los autores y artistas para la producción de su obra, así también, establece expresamente que tampoco lo son los derechos de exclusividad otorgados a los inventores con motivo de sus inventos.

Tal y como lo han determinado las leyes de nuestro país, incluyendo nuestra ley suprema (Constitución), la propiedad intelectual es una gama de derechos reconocida expresamente en nuestro sistema legal, dividiéndose ésta en nuestro territorio en dos grandes ramas: Propiedad Industrial, regulada por la Ley de la Propiedad Industrial y los Derechos de Autor, contenida en la Ley Federal del Derecho de Autor. Con esto, México se incluye a la lista de más de 182 países del orbe internacional que cuentan con alguna legislación en

materia de propiedad intelectual, observándose una marcada tendencia mundial hacia la protección de los derechos intelectuales, que no hace sino evidenciar la importancia de los mismos y el bienestar social que intrínsecamente surge aparejado a estos. No obstante ello, y a pesar de los tratados internacionales que han homogeneizado gran parte de las legislaciones nacionales, existen sistemas legales en esta materia más avanzados que otros, algunos con marcadas diferencias entre sí, mismas que permiten entrever la complejidad y variedad de enfoques que puede tener la protección a la actividad intelectual humana.

Como ya fue tratado anteriormente, existen diversas teorías tanto para justificar como para negar la existencia de los derechos intelectuales, no obstante, la realidad es que la tendencia jurídica general se inclina a justificar y crear los mecanismos suficientes y necesarios para el ejercicio de estos derechos.

Los derechos a la propiedad intelectual se encuentran incluso reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 a causa de los desastres acaecidos tras la Segunda Guerra Mundial⁵⁴, y que en su artículo 27, reconoce principalmente dos de ellos: el derecho a la cultura y el derecho a la protección de la propiedad intelectual, manifestando que:

Artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

⁵⁴ <http://www.un.org/en/documents/udhr/history.shtml> Fecha de consulta: el 20 de agosto de 2014.

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora⁵⁵.

La misma práctica profesional en esta rama del derecho y su estudio en profundidad, no hacen sino percatar al investigador de la importancia y el papel fundamental que tiene el quehacer intelectual en la vida del hombre. El derecho intelectual, sin duda, justifica su existencia en su propia materia de estudio; tecnología, música, comercio, literatura y medicina no habrían llegado a tales niveles de desarrollo de no ser por el reconocimiento que la ley u otros mecanismos históricos han tratado de otorgar a los siempre complejos fenómenos creativos que acompañan la vida del hombre, en donde la ley siempre ha tratado de incentivar la constante creación y avance en estas áreas del quehacer intelectual humano.

El derecho de autor por su parte, como una rama del derecho dedicada a la protección de los intangibles primordialmente artísticos o estéticos, merece su importancia a que los artistas resultan un importante fundamento del desarrollo humano, cultural e histórico de todas las épocas. Así lo expresa Ramón Obón León que afirma lo siguiente:

Ello es fácilmente sustentable cuando se piensa que el creador es un testigo de su tiempo; que lo que aporta a la sociedad con su creación no tiene un valor tangible, pero sí un valor mucho más importante y perecedero, ya que tiene que ver con la proyección de los valores de la sociedad en que se desarrolla, así como de la

⁵⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de Diciembre de 1948.

*idiosincrasia, costumbres y formas de vida que constituyen todo un marco cultural que fortalece la identidad nacional*⁵⁶.

Por su parte, José Fornis manifiesta, en su libro *“Le Droit de Propriété Intellectuelle Dansses Relations Avec l’Intéretpublic et la Culture”*, que “el derecho de autor y la cultura forman aspectos complementarios de un todo invisible. Y la forma de hacerlo más eficaz es mediante el reconocimiento y la reglamentación uniforme y universal del derecho intelectual”⁵⁷.

Hablando en materia de propiedad industrial propiamente, resulta imposible negar la relevancia que tienen la innovación y las marcas en la economía, la industria y los avances tecnológicos, mismos que irrefutablemente han apoyado sus fuerzas en las figuras que la propiedad industrial ha previsto ya durante algunas décadas.

Respecto a las marcas, los signos distintivos han servido a ambas caras del proceso de “trueque” comercial. Tanto los consumidores como productores y prestadores de servicios se sirven de las marcas para diferenciar o diferenciarse, respectivamente, de la competencia. Desde la perspectiva del consumidor, una marca sirve primordialmente para reducir el costo de búsqueda de productos que reúnan una cualidad específica. Del lado del productor, una marca funge como escaparate de su producto o de su servicio, es el instrumento que permite que el productor pueda recuperar su inversión en publicidad y calidad.⁵⁸

⁵⁶ OBON LEÓN J. Ramón, “El Derecho de Autor Como Fundamento de Desarrollo Cultural”, Boletín de Derecho de Autor de la UNESCO, vol. XVI num. 4, 1982, p. 28.

⁵⁷ FORNIS José, *Le Droit de Propriété Intellectuelle Dansses Relations Avec l’Intéret public et la Culture*, (Sin Editorial), París, 1951, p. 25.

⁵⁸ GONZALEZ DE COSSIO Francisco, *Propiedad Intelectual y Competencia Económica*, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 21.

Respecto de las patentes, se ha defendido que su utilidad se centra en su papel como catalizador de la iniciativa inventiva, es decir, resulta un mecanismo de incentivación para la actividad pro-tecnológica, por ser una especie de recompensa a la inversión de materia, trabajo y capital, misma que es empleada en las actividades inventivas, y cuya mayor retribución (concluye o cree concluir la ley) resulta en el otorgamiento por ley del derecho de explotación exclusiva sobre ese invento.

De este modo, la patente produce un “doble efecto”, sirviendo no sólo como un incentivo para el creador al otorgarle el derecho a la explotación exclusiva del invento y protegiendo la inversión que el mismo erogó en desarrollo e investigación, sino que este derecho se le otorga, a cambio de la “revelación” pública de esta nueva tecnología, que estará disponible, una vez que hayan cesado los derechos de explotación exclusiva inherentes a la patente.

A pesar de la finalidad programática y las aparentes intenciones de las legislaciones que protegen los derechos de la propiedad intelectual, persiste aún el debate respecto a cómo deben de protegerse estos derechos o si la protección actual o su uso no resultan en un excesivo o abusivo ejercicio de potestad, cuestión que es parte central de este trabajo, llegando al grado de que se ha debatido si algunos de estos derechos o su enfoque no resultan de hecho contraproducentes, no sólo en el aspecto pragmático o económico-social, sino agravándose al grado de ser, potencialmente, un retroceso en el avance humano.

Muy a pesar de la controversia que pudiera surgir a partir de cuestionarnos si se encuentran plena y debidamente justificados los derechos

intelectuales, lo cierto es que su existencia es una realidad inercial al progreso e historia humanos, marcando, sin duda, la pauta y el camino para el mundo en relación a lo que la creatividad se refiere. La pregunta sería plantearnos si tal camino ha coadyuvado a otorgar la mayor riqueza social posible a la humanidad o si en realidad ha implicado un simple paliativo que ha obstruido la cadencia natural del hombre a crear con la libertad que debe y merece.

III. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, UN CONTRASTE DE LA REALIDAD CREATIVA

Habiendo tratado las diferentes posturas que justifican o tratan de justificar la naturaleza intrínseca de los derechos de la propiedad intelectual, llegarán a nosotros diversas conclusiones con motivo del adentramiento en el estudio de estas prerrogativas. En primer lugar, es posible concluir que todas las teorías, en su manera particular, aíslan y ponderan de una manera u otra, una o unas de las características que componen los bienes materia de la propiedad intelectual. Así por ejemplo, surgen teorías como la del monopolio que se centra a conceptualizar los derechos de la propiedad intelectual como un medio de poder económico exclusivo, o la teoría de la personalidad, que basa su enfoque en demostrar la relación que existe en la relación autor-creación.

Es precisamente por lo anterior que las teorías antes tratadas toman una gran importancia para comprender la naturaleza de los bienes materia de la propiedad intelectual, pues esa disección de sus elementos nos permite comprender de mejor manera el por qué de esos derechos y hacernos más próximos a inteligir la esencia de las creaciones humanas.

Por ejemplo, tanto los derechos de propiedad industrial como los derechos de autor, en su enfoque de instituciones protegidas por las leyes del estado, fungen una labor de utilidad social, como bien lo establece la teoría del mismo nombre, sin embargo, definir que los derechos de la propiedad intelectual derivan solamente de las leyes (bajo el enfoque utilitarista, limita su naturaleza a un plano resultadista, además, reconocer el postulado de esta teoría implica conceder que tales derechos no podrían entenderse sin la existencia del Estado. Contrario a ello, la realidad es que los derechos de la

propiedad intelectual derivan de la paternidad con que del mundo inmaterial, el creador los deposita y expresa en el mundo material, es decir, el autor genera su derecho, al influir en una materialización, palpable a terceros, de conceptos, conocimientos, ideas, signos o sentimientos, casi infinitos, que luego derivan en una obra, invento o creación capaz de ser percibida por los sentidos, y es el Estado, quien en su obligación como ente creado bajo el contrato social, debe de tutelar los derechos que deriven de los fenómenos sociales o de los hechos o actos jurídicos, como lo son la creación de un invento, una obra, el diseño de un logotipo entre otros.

A pesar de esto, negar la importancia del papel del Estado en el reconocimiento de tales derechos, sería ingenuo e imprudente, siendo que las legislaciones especializadas en materia de propiedad industrial y derechos de autor toman un papel fundamental en la protección y reglamentación de los derechos que derivan del quehacer intelectual. No obstante esto, tal y como sucede con los derechos de la personalidad, los derechos de autor e incluso los derechos derivados de la propiedad industrial nacen a partir de su propia materialización, es decir, el autor crea su propio derecho y éste no depende de un reconocimiento de ley.

En este capítulo, trataremos el actual enfoque de protección que deriva de los bienes intangibles, proponiendo un enfoque distinto al que actualmente impera en nuestra legislación, y estudiaremos, bajo esta perspectiva, la naturaleza de los bienes materia de los derechos intelectuales.

1. ARTE E INDUSTRIA, ¿ASOCIACIÓN O DISOCIACIÓN DE LOS BIENES DE PROPIEDAD INTELECTUAL?

Sin duda, al ser la propiedad industrial y el derecho de autor ramas de la propiedad intelectual, *lato sensu*, ambas comparten ciertas características en común, que en un estudio profundo, permiten percatarnos de una estrecha similitud en su naturaleza y origen. No sólo es posible concluir que los derechos que protegen ambas ramas no son tan distintos, sino que también es loable colegir que su separación y división se debe al fin que ambos buscan o satisfacen, cuestión que no resulta otra cosa que una justificación práctica, pero no dogmática en profundidad.

En efecto, pudiera inferirse que la marcada separación que se ha aceptado durante años surge a partir de los fines que persiguen cada uno de los elementos que ambas ramas protegen, es decir, los derechos de autor se refieren a bienes artísticos, mientras que la propiedad industrial refiere a bienes industriales y comerciales.

No solo esto, sino que esta separación ayuda a que los elementos protegidos por estas ramas del derecho intelectual se exploten mediante diferentes reglas que (hipotéticamente) permitirían un uso más natural y benéfico socialmente. Por ejemplo, si las patentes estuvieran protegidas mediante el derecho de autor, implicaría que las mismas (en razón del sistema que rige actualmente), fueran explotables durante un lapso de tiempo desmesurado, lo que sin duda enervaría la capacidad innovadora de las sociedades.

Sin embargo, esta afirmación hace surgir un sin número de preguntas respecto a qué es lo que vuelve a algo útil y no bello, o artístico y no industrial. Un aspecto importante a considerar, a criterio de su servidor, es no obviar el hecho de que todos los bienes materia de la propiedad intelectual tienen el mismo origen, la imaginativa humana, en palabras de Edmund Picard: “Todos son productos del espíritu”.⁵⁹

El concepto que la ley pretende concebir para este tipo de cuestiones aparenta querer divorciar ambas facetas de las creaciones del intelecto, no obstante esto, la creación humana, a partir de la materia y de su transformación, muchas veces, sino es que todas, viene aparejada de un grado ya sea mayor o menor de “arte”. En ese sentido, cita Joost Smiers a Mike Featherstone, quien analiza “la estetización de la vida cotidiana.” Según éste autor, plantea Joost Smiers, las fronteras entre el arte y la vida diaria están diluyéndose, surgiendo una erosión de la protección del arte que invita a “la migración del arte hacia el campo del diseño industrial, la publicidad y otros sectores vinculados con la producción de imágenes simbólicas⁶⁰”. Continúa Joost Smiers explicando que la relación actual de oferta y demanda ha acelerado la homogenización arte-industria, “hoy en día, la producción estética está incorporada a la producción industrial como resultado de la urgencia económica por generar productos que parezcan novedosos, con una velocidad de recambio cada vez mayor⁶¹”.

⁵⁹ PICARD Edmond, *Embriología Jurídica, Nueva Clasificación de Derechos, Los Derechos de Autor*, Francia, Journal Du Droit International Privé et de la Jurisprudencce Comparée, 1883, p. 583.

⁶⁰ SMIERS Joost, *Un Mundo Sin Copyright*, Barcelona, España, Editorial Gedisa, S.A., 2006, p. 35.

⁶¹ *Idem*.

Es por esto, que a pesar de que en los ámbitos de derecho relacionados a la propiedad intelectual se reconoce ampliamente que la propiedad industrial y el derecho de autor son ramas del derecho intelectual totalmente distintas, podría afirmarse que conlleva tanta artisdad la composición de una obra musical, la elaboración de una pintura o la redacción de una obra literaria, como la actividad inventiva de la cual deriva una invención, o, la creación, ideación y diseño de un signo distintivo, como lo es una marca innominada o el diseño de un modelo industrial.

Engrosa lo anterior la definición contenida en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la cual establece lo siguiente respecto al concepto de arte:

Arte.

(Del lat.ars, artis, y este calco del gr. τέχνη).

1. amb. Virtud, disposición y habilidad para hacer algo.
2. amb. Manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros.
3. amb. Conjunto de preceptos y reglas necesarios para hacer bien algo.
4. amb. Maña, astucia.
5. amb. Disposición personal de alguien. Buen, mal arte
6. amb. Instrumento que sirve para pescar. U. m. en pl.
7. amb. rur. Man. noria (l máquina para subir agua).
8. amb. desus. Libro que contiene los preceptos de la gramática latina.
9. amb. pl. Lógica, física y metafísica. Curso de artes.⁶²

⁶² <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=tMEhYK41MDXX2KKKu3PW>, Fecha de consulta: el 19 de Mayo de 2013.

Las diferentes definiciones de arte contenidas en el Diccionario de la Real Academia Española sirven para entender de mejor manera lo que ya en líneas pasadas afirmé en relación a la proximidad latente entre creaciones intelectuales “industriales” y puramente “estéticas”. Estas numerosas acepciones, y específicamente la referente al número 2 “Manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros.” permiten considerar que el arte no es solo una manifestación, extra e intra-personal, en donde se representa la visión de lo que el artista expresa, sino que acerca el concepto de “arte” a casi cualquier actividad que implique la participación humana. Ello se explica si se entiende que prácticamente todo acto humano imprime e implica una expresión del individuo, y por lo tanto conlleva, en menor o mayor medida, un cierto grado de artinidad (en base a la definición anterior) pues es una actividad humana que de alguna manera expresa una visión personal. Por ende, toda actividad del hombre lleva implícita una declaración misma de la persona, como lo hace también una obra de arte o incluso una invención. Así, no pocas veces escuchamos que en la vida diaria, se utilizan expresiones que aluden a diferentes actividades humanas, pero, en donde el artífice es tan hábil o talentoso, que convierte a su oficio en un arte, “hace del fútbol un arte”, “hace de la cocina una obra de arte”.

El filósofo John Locke hablaba sobre esta expresión para tratar de justificar el concepto de propiedad, mismo que comenzaba a explicarse a partir de una premisa “todo hombre tiene una propiedad en su propia persona”, y de la cual este pensador sacaba las siguientes conclusiones:

Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la

dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya⁶³.

Es decir, la propiedad privada se justifica a partir del trabajo, el hombre se vuelve propietario de lo que trabaja. Esta premisa después sería tratada por algunos autores para justificar los “derechos de propiedad” sobre los bienes inmateriales, sin embargo, la postura de Locke no necesariamente debe inclinarse a apoyar la postura de “propiedad” sobre los bienes inmateriales, sino que, en materia de propiedad intelectual va más íntimamente relacionada con la personalidad, pues todo acto humano implica una “expresión de sí mismo”, y que será tratado a mayor profundidad en un capítulo posterior.

Esta relación cercana de esteticidad, expresión humana y trabajo intelectual diluye aún más las fronteras y las diferencias entre la creación de un invento, un diseño industrial o una marca, y la creación de una obra artística. Esta relación es innegable en figuras relativas a la legislación nacional de propiedad industrial, y puede vislumbrarse sobre todo en las instituciones legales tales como las marcas innominadas o mixtas y en los diseños industriales, los cuales, gozan de protección, no solo al amparo de la Ley de la Propiedad Intelectual, sino aparejadamente, por la legislación de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Respecto a los diseños industriales, la Ley de la Propiedad Industrial se pronuncia al tenor de lo siguiente:

⁶³ LOCKE, John, *Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil*, México, Alianza Editorial, 2004, p. 10.

LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Artículo 31.- Serán registrables los diseños industriales que sean nuevos y susceptibles de aplicación industrial.

Se consideran nuevos los diseños que sean de creación independiente y difieran en grado significativo, de diseños conocidos o de combinaciones de características conocidas de diseños.

La protección conferida a un diseño industrial no comprenderá los elementos o características que estuviesen dictados únicamente por consideraciones de orden técnico o por la realización de una función técnica, y que no incorporan ningún aporte arbitrario del diseñador; ni aquellos elementos o características cuya reproducción exacta fuese necesaria para permitir que el producto que incorpora el diseño sea montado mecánicamente o conectado con otro producto del cual constituya una parte o pieza integrante, esta limitación no se aplicará tratándose de productos en los cuales el diseño radica en una forma destinada a permitir el montaje o la conexión múltiple de los productos o su conexión dentro de un sistema modular.

No se protegerá un diseño industrial cuando su aspecto comprenda únicamente los elementos o características a que se refiere el párrafo anterior.

Es decir, la Ley de la Propiedad Industrial, a pesar de su enfoque marcadamente industrial, reconoce un derecho de protección en los diseños industriales, que versa sobre creaciones que resultan puramente estéticas, algo que claramente atiende más a una estimulación de los sentidos en cuanto a la belleza y esteticidad que a la aplicación práctica o industrial de lo que se pretende proteger mediante esta figura del diseño o modelo industrial, pero que a su vez responde a la demanda del consumidor por productos mejorados, innovadores y estéticos.

Esta disposición sin duda refleja el principio de la unidad del arte, que afirma que una obra artística no deja de serlo por el destino o fin que se le dé. Hablando específicamente de los diseños industriales, la misma teoría señala que estos no son sino un arte aplicado, sin que su fin industrial o comercial

cambie el origen artístico que como creación original tiene⁶⁴. Esta teoría centenaria, aplica aún en día en nuestra legislación mexicana y fue expuesta por el jurista francés Eugene Pouillet en su famoso Tratado de Diseño Industrial.

En relación a esta teoría, existen principalmente cuatro sistemas de protección, el primero, que impera actualmente en nuestro sistema jurídico, protege el diseño industrial tanto por la legislación de la Propiedad Industrial y la Ley Federal del Derecho de Autor. El mismo, reconoce una sola obra, un mismo creador o titular, pero dos ámbitos de protección.

El segundo sistema también reconoce la unidad del arte, pero solamente otorga al diseño protección conforme a la Ley Autoral, es decir, se diferencia del anterior sistema porque existe una sola obra, un mismo creador o titular, pero sólo un ámbito legal de protección.

Existe también un tercer sistema, basado en el principio de disociabilidad, conforme al cual, la aplicación industrial de un diseño le confiere una autonomía que separa lo puramente artístico de lo industrial, y entonces el destino del diseño es el que dicta si son aplicables las leyes autorales o las de propiedad industrial. Se trata, por tanto de un doble objeto y de una legislación para cada uno de ellos.

⁶⁴ CHAVES, Antonio, *Derecho de Autor, Principios Fundamentales*, Brasil, Río de Janeiro, Forense, 1987, p. 286.

Por último, existe un cuarto sistema ecléctico e intermedio que separa lo artístico de lo industrial en función del número de reproducciones que de la obra se realicen.⁶⁵

Aunque ha habido discusiones y controversia respecto al tema, los trabajos doctrinales en materia de derechos de autor comulgan respecto a que la tendencia legislativa en México refleja el sistema de la unidad del arte, lo cual implica, para las obras de arte aplicado o diseño industrial, una protección dual a la luz de la Ley de la Propiedad Industrial y de la Ley Federal del Derecho de Autor, enfoque que, en opinión de este autor, aunque supone diversas dificultades prácticas para los particulares, pues implica una inversión mayor, resulta el indicado para demostrar que la disociación entre las figuras de la propiedad industrial e intelectual no son del todo distintas.

Las disposiciones contenidas en los artículos 13, fracción XIII, 93 y 164 fracción III de la Ley Federal del Derecho de Autor, permiten vislumbrar la teoría de la unidad del arte, no solo aplicada a las figuras de diseños industriales o arte aplicado, sino también en lo referente a marcas.

Artículo 13.- Los derechos de autor a que se refiere esta Ley se reconocen respecto de las obras de las siguientes ramas:

- I. Literaria;
- II. Musical, con o sin letra;
- III. Dramática;
- IV. Danza;
- V. Pictórica o de dibujo;

⁶⁵ RANGEL MEDINA, David, "La protección del Arte Aplicado", Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística, núms.. 29 y 30, enero-julio, 1997.

- VI. Escultórica y de carácterplástico;
- VII. Caricatura e historieta;
- VIII. Arquitectónica;
- IX. Cinematográfica y demás obras audiovisuales;
- X. Programas de radio y televisión;
- XI. Programas de cómputo;
- XII. Fotográfica;
- XIII. Obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil, y
- XIV. De compilación, integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual.

Las demás obras que por analogía puedan considerarse obras literarias o artísticas se incluirán en la rama que les sea másafín a su naturaleza.

Artículo 93.- Las disposiciones de este capítulo (de las obras fotográficas, plásticas y gráficas), serán válidas para las obras de arte aplicado en lo que tengan de originales. No será objeto de protección el uso que se dé a las mismas.

Artículo 164.- El Registro Público del Derecho de Autor tiene las siguientes obligaciones:

- I. Inscribir, cuando proceda, las obras y documentos que le sean presentados
- (...)
- III. Negar la inscripción de:
 - a) Lo que no es objeto de protección conforme al artículo 14 de esta Ley;
 - b) Las obras que son del dominio público;
 - c) Lo que ya esté inscrito en el Registro;
 - d) Las marcas, a menos que se trate al mismo tiempo de una obra artística y la persona que pretende aparecer como titular del derecho de autor lo sea también de ella.⁶⁶
- (...)

⁶⁶ Ley Federal del Derecho de Autor, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996.

Los anteriores numerales reflejan la íntima relación entre ciertas figuras del derecho de autor y la propiedad industrial, en específico, el inciso d) del artículo 164 de la Ley Federal del Derecho de Autor resulta valioso respecto del presente estudio, pues el mismo reconoce que puede existir un cierto grado de artididad en la creación de un signo distintivo, al prever que las marcas, figuras jurídicas, eminentemente relacionadas a la propiedad industrial y al ámbito comercial, que en el ambiente doctrinario se segregan y aíslan tan sólo al sector industrial o de prestación de servicios, también comparten algunas características de estética y diseño con las obras artísticas, por lo que son susceptibles de registrarse ante el INDAUTOR, órgano del estado encargado de registrar las obras inherentes al derecho de autor. No en vano afirma Joost Smiers: “En la publicidad se usan obras artísticas⁶⁷”.

A pesar de que estas disposiciones reconocen tácitamente la relación entre figuras de la propiedad industrial y el derecho de autor, el ambiente doctrinario en México se ha pronunciado poco en éste aspecto. No obstante ello, la comprensión profunda de la naturaleza de los bienes afectos a los derechos intelectuales, nos hacen preguntarnos sobre donde se demarca la frontera entre las figuras de la propiedad industrial y del derecho de autor, en donde tradicionalmente se ha establecido lo siguiente:

1. El derecho de autor protege lo vinculado a la expresión artística y literaria, a la generación material de conceptos mediante la interpretación de ideas y sentimientos.
2. La propiedad industrial por su parte, se vincula mayormente a utilidad, competencia y explotación, siendo estos los principios

⁶⁷ SMIERS JOOST, *Op. Cit.* p. 1.

fundamentales que determinan lo que es o no una figura jurídica de la propiedad industrial.

No obstante esas claras diferencias, ambos ámbitos de la propiedad intelectual *lato sensu* son producidas bajo los mismos principios, y por el mismo medio, a través del trabajo del hombre. Es decir, los bienes materia de la propiedad intelectual, sea cual sea la rama a la que nos remitamos, son creados mediante la transformación o yuxtaposición de elementos tanto internos como externos al individuo, que luego producen un bien lo suficientemente novedoso para ser diferenciado de creaciones similares por los demás individuos y ser atribuido a una persona o grupo de personas. Teniendo a cuenta esto, la tendencia que ha prevalecido hasta ahora de disociar ambas ramas de la propiedad intelectual puede verse fácilmente cuestionada, no sólo por el hecho de que la separación entre ambas se debe a un efecto práctico más que dogmático, sino porque tratar de diferenciar a ambas no hace sino entorpecer el estudio de su naturaleza y por lo tanto nuestra comprensión con respecto a sus complejos elementos. De ahí que algunas de sus instituciones, como los diseños industriales (arte aplicado para el derecho de autor) encarezcan su protección a partir del marco legal que impera actualmente, pues si bien la legislación en México permite proteger éstas creaciones a partir de ambas legislaciones, lo cierto es que esto atrae más problemas que soluciones.

Por ello, el presente estudio tratará de justificar la unificación de los elementos concernientes a la propiedad industrial y al derecho de autor, de manera que su estudio se centre en las similitudes que existen entre ambas ramas del derecho intelectual y no en sus diferencias.

Ahora bien, para ello habremos de considerar algunas de las diferencias más significativas que exponen los dispositivos normativos de ambas ramas de la propiedad intelectual. La legislación específica en nuestro país que protege los derechos de la propiedad industrial pareciera decantarse, contrario a la legislación que protege al derecho de autor, por un enfoque más formalista, en donde sí se exige el registro de los respectivos derechos para obtener el derecho a su uso exclusivo.

Artículo 9o.- La persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, o su causahabiente, tendrán el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento, de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta Ley y su reglamento.

Artículo 10.- El derecho a que se refiere el artículo anterior se otorgará a través de patente en el caso de las invenciones y de registros por lo que hace a los modelos de utilidad y diseños industriales.

Artículo 87.- Los industriales, comerciantes o prestadores de servicios podrán hacer uso de marcas en la industria, en el comercio o en los servicios que presten. Sin embargo, el derecho a su uso exclusivo se obtiene mediante su registro en el Instituto.⁶⁸

Como se puede colegir de los artículos anteriores, la Ley de la Propiedad Industrial pareciera no comulgar el mismo criterio que sí se establece en la Ley Federal del Derecho de Autor, misma que prevé que la protección otorgada por Ley a las obras de Derecho de Autor se conceden desde el momento en que las obras son fijadas en un soporte material, tal como lo establece el artículo 5 de la mencionada ley:

⁶⁸ Ley de la Propiedad Industrial, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 1991.

Artículo 5o.- La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna.

Esta discrepancia, que bien estudiada parece no justificarse bajo ningún aforismo jurídico sino por la facilidad práctica que implica su clasificación diferida, implica diferencias fundamentales entre ambas ramas de los derechos intelectuales. Entre las más importantes, observamos que la Ley de la Propiedad Industrial establece como principio general, que los derechos derivados de una patente o un registro, serán obtenidos mediante la tramitación de tales figuras, mientras que la Ley Federal del Derecho de Autor establece que sólo será necesaria la fijación de la expresión para que ésta esté sujeta a la protección conferida por la Ley Autoral. Esto refleja una disparidad marcada entre ambas ramas de la propiedad intelectual, en donde la Ley de la Propiedad Industrial muestra una tendencia formalista, mientras la Ley Federal del Derecho de Autor no exige mayor cosa que la fijación de las obras en un soporte material.

No obstante lo anterior, diversos numerales de la multireferida Ley de la Propiedad Industrial, muestran que a pesar de lo rezado por los artículos; 9, 10 y 87 de la multicitada normativa, existen disposiciones que regulan la protección de los inventores, creadores o propietarios originarios, ofreciendo una excepción al requisito formal de registro de bienes industriales. De ahí que se observe en la legislación en materia de propiedad industrial, una leve protección para los inventores, creadores o industriales, mediante diseminadas excepciones al requisito de formalidad, conocido como "*first to file*" por su término en inglés. Ejemplos de esto resultan los siguientes numerales de la Ley de la Propiedad Industrial:

Artículo 22.- El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra:

(...)

III.- Cualquier persona que, con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de prioridad reconocida, utilice el proceso patentado, fabrique el producto patentado o hubiere iniciado los preparativos necesarios para llevar a cabo tal utilización o fabricación;

(...)

Artículo 92.- El registro de una marca no producirá efecto alguno contra:

I.- Un tercero que de buena fe explotaba en territorio nacional la misma marca u otra semejante en grado de confusión, para los mismos o similares productos o servicios, siempre y cuando el tercero hubiese empezado a usar la marca, de manera ininterrumpida, antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o del primer uso declarado en ésta. El tercero tendrá derecho a solicitar el registro de la marca, dentro de los tres años siguientes al día en que fue publicado el registro, en cuyo caso deberá tramitar y obtener previamente la declaración de nulidad de éste, y...

(...)

Es decir que a pesar de que la normativa de la propiedad industrial, en primera instancia establece como regla general que la forma de concesión de los derechos que la misma confiere, es por medio de los registros respectivos, la misma establece determinadas excepciones, en concreto respecto de las marcas y las figuras “patentarias” de la Ley de la Propiedad Industrial. Las previsiones de los numerales anteriores prevén fundamentalmente una protección “tácita” y puerilmente reconocida por la Ley de la Propiedad Industrial, al reconocer la preeminencia de mejor derecho para el tercero que de buena fe hubiera “utilizado” o “fabricado” la patente, o, utilizado la marca, antes de la fecha de presentación del registro. Esto significa que los derechos

intelectuales derivados de la propiedad industrial en México también se encuentran protegidos por la ley a partir de que se efectúa la “fijación” *mutatis mutandis* con respecto a la propiedad industrial. Sin embargo, el nimio reconocimiento que tales artículos de la propiedad industrial hacen a los inventores o desarrolladores otorga poca protección a quienes de buena fe habían desarrollado o creado un invento, diseño o marca con anterioridad a un registro de un tercero.

A pesar de que con esto podemos desentrañar aún más similitudes entre ambas ramas del derecho intelectual, existe una diferencia fundamental respecto a los derechos de autor, pues la Ley de la Propiedad Industrial pareciera querer supeditar esta protección a terceros de buena fe a una condición de “comercialización”, pues la misma utiliza expresiones como “uso” o “explotación” según se observa de los artículos 22 y 92 respectivamente, lo cual dista en gran medida de lo establecido por la Ley Federal del Derecho de Autor que establece la protección de las obras a partir de que se traducen a un soporte material:

LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR:

Artículo 5o.- La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna.

Así, es posible observar la clara diferencia de intenciones entre una y otra legislación. Mientras que la Ley de la Propiedad Industrial establece un criterio sumamente formalista, exigiendo el registro de sus figuras como requisito “constitutivo de derechos”, la Ley Federal del Derecho de Autor se

decanta por no exigir requisito alguno más que la fijación de las obras en un soporte material.

En tal inteligencia, y tras haber expuesto lo anterior, vislumbrando las semejanzas que ambas leyes comparten, resulta más que permisible preguntarse por qué no existen disposiciones más homogéneas para ambas ramas de la propiedad intelectual, o por qué no se reconocen derechos de protección claros y expresos para los creadores en el ámbito de la Propiedad Industrial.

2. EL ANONIMATO DE LOS BIENES PROTEGIDOS POR LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

No existe en la legislación federal y específicamente en la Ley de la Propiedad Industrial o en la Ley Federal del Derecho de Autor, artículo alguno que defina el concepto de lo que debe entenderse por bienes intangibles o inmateriales. Más extraño aún resulta encontrar que el término “propiedad intelectual” tampoco se define por los cuerpos normativos nacionales o internacionales a los que México se ha incorporado. Ni siquiera uno de los convenios internacionales más recientes en esta materia, el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, define un concepto tan importante como lo es la de propiedad intelectual.⁶⁹ Uno tendría que preguntarse por qué un concepto tan trascendente para la materia de los derechos intelectuales no se encuentra definida en nuestra legislación federal, o por qué ninguna de las leyes relativas a la propiedad intelectual dedica un mínimo de artículos para definir el núcleo de su materia de estudio. Esta omisión sin duda genera muchos cuestionamientos en relación a la eficacia de

⁶⁹http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/895/wipo_pub_895.pdf
Fecha de consulta: de 21 de agosto de 2014.

la legislación intelectual, más aún si tenemos en cuenta que la homogenización o globalización legislativa que ha surgido a través de los tratados internacionales en esta materia, no aclara la duda respecto de qué debe entenderse por bienes inmateriales o intangibles, lo que, en opinión de este autor, es de suma importancia para lograr un mayor entendimiento de la materia y práctica de la propiedad intelectual.

Como un ejemplo claro de ello, el Código Civil Federal mexicano únicamente puntualiza (al igual que diversas legislaciones estatales) la naturaleza mueble de los derechos de autor:

CÓDIGO CIVIL FEDERAL:

“Artículo 758.- Los derechos de autor se consideran bienes muebles.”

Respecto a esto, destaca la Legislación Civil del Estado de Jalisco, que contrario a la tendencia Federal y Estatal, se aventura a realizar una definición puntual de los bienes intangibles, al diferenciarlos de los tangibles.

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO:

“Artículo 838.- Son bienes tangibles aquellos que pueden apreciarse por los sentidos.

Artículo 839.- Son bienes intangibles los que carecen de los atributos a que se refiere el artículo anterior.⁷⁰

Desgraciadamente, esta definición de bienes intangibles resulta, en opinión de este autor, sumamente desafortunada. Ello, debido a que la apreciación que hace el Código Civil del Estado de Jalisco, define los bienes intangibles a partir de lo que entiende por bienes tangibles, expresando primero que los bienes tangibles son aquellos que pueden apreciarse por los sentidos mientras que los intangibles son aquellos que carecen de los atributos para percibirse, ergo, incurriendo en un claro tropiezo legislativo, puesto que no podemos considerar que un bien intangible es aquel que no puede ser apreciable por los sentidos, pues ello implicaría que los mismos fueran imperceptibles al conocimiento humano, pues el hombre únicamente es capaz de conocer a partir de sus sentidos. A partir de lo anterior, concluimos en que este error se debe a una mala concepción respecto a lo que puede entenderse por “intangible”. Al respecto, la Real Academia de la Lengua Española define “intangible” como:

“intangible.

(De in- y tangible).

1. adj. Que no debe o no puede tocarse”.⁷¹

Lo anterior tiene suma relevancia para nuestro estudio, entendiendo que los bienes intangibles, son los que esencialmente se encuentran protegidos por

⁷⁰ Código Civil del Estado de Jalisco.

⁷¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=intangible>, consultada el día 7 de abril de 2013.

la propiedad intelectual, razón por la cual se insiste en la necesidad de delimitar inequívocamente su naturaleza y características esenciales.

Por ejemplo, no resulta tanto de protección para la propiedad intelectual la copia del original de una partitura de una pieza de música clásica, o el disco compacto que contiene el álbum más nuevo de un artista, sino que es el contenido del disco lo que interesa al derecho intelectual, ni siquiera debe entenderse este término de “contenido” como los datos guardados en él, que permiten que se reproduzca la música, sino la música en sí, como también sucede con la música que puede interpretarse gracias a una partitura y no las hojas de papel o la tinta con la que se escribe.

En este sentido, la propia legislación mexicana hace diferenciaciones importantes respecto al soporte material como tal de una obra intelectual y la obra intelectual *per sé*, tal y como puede apreciarse de lo contenido en el artículo 38 de la Ley Federal del Derecho de Autor:

Artículo 38.- El derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material en el que la obra esté incorporada. Salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra.

Así, nuestra legislación Federal hace una diferenciación respecto a la compraventa del soporte material de una obra, la obra que se encuentra incorporada en la misma, y la obtención de los derechos patrimoniales sobre la obra como tal. Esta disposición además de establecer lo anterior hace posible entrever que la legislación mexicana hace una clara diferenciación entre el bien intangible que se contiene en el soporte material y el soporte material en sí.

Esto nos lleva a una de las cuestiones más complicadas del estudio de la propiedad intelectual, el objeto materia de protección y el momento en que tal protección es otorgada por la ley. Al respecto, la Ley Federal del Derecho de Autor, como ya hemos tratado, establece que la protección comenzará a partir de que las obras hayan sido “fijadas en un soporte material”, es decir;

1. El reconocimiento del derecho de autor no está sujeto a ninguna formalidad de registro, publicación o formalidad similar⁷².
2. Es necesario que la obra se haya fijado en un soporte material que permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación.

Como ya fue tratado anteriormente, la ley rectora del derecho de autor reconoce que la protección, derivada de la actividad intelectual artística, no requiere de ningún tipo de formalidad de registro o publicación u otra de naturaleza similar, sin embargo, sí le exige como requisito “de forma” que la obra se encuentre fijada en un soporte material que permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación, requisito que la ley establece con el ánimo de otorgar certeza respecto a la existencia o autoría de una obra.

Para dar mayor claridad a lo anterior cito ambos artículos de la Ley Federal del Derecho de Autor:

⁷² SOLORIO PÉREZ Oscar Javier, *Op. Cit.*, p. 228.

Artículo 5o.- La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna.

Artículo 6o.- Fijación es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación.

Es decir, el artículo 6 de la Ley Federal del Derecho de Autor nos acerca un poco más al concepto de lo que se protege por medio de la propiedad intelectual, al establecer que la fijación es la incorporación expresada de letras, números, signos, sonidos, o imágenes, en cualquier soporte material que le otorgan vida a una creación, y por tanto, esta expresión material de elementos es lo que debe entenderse como “la obra”, y por ende, como el bien susceptible de protegerse, pues la manera de manifestar y combinar estos elementos es lo que justifica la protección de la nueva realidad material.

Una vez delimitando lo que puede entenderse como el bien intelectual, habrá que desentrañar sus elementos. Ello resulta especialmente complicado pues se ha concebido que las obras son las expresiones materiales de los conceptos o ideas abstractas que preexisten para el creativo. Sin embargo, esta expresión no es como tal un bien inmaterial, de hecho, resulta evidente que para que una obra exista depende ineludiblemente de la realidad material, pues se vale de elementos perceptibles a los sentidos para existir, por lo tanto, el hecho de llamar a una obra intelectual “bien inmaterial” resulta un error. No obstante ello, los efectos físicos de los que se vale una obra para ser transmitida no son los únicos que influyen en su nacimiento, existe una infinidad de conceptos mucho más abstractos que envuelven a dicha creación,

que son el núcleo de la misma y que en un principio le dieron origen. Ello a su vez puede clasificarse en dos categorías, en primer lugar, se entiende a las diferentes abstracciones o interpretaciones que conciente o inconcientemente un autor utiliza como fuente de inspiración y retroalimentación y que inclinaron al creador a lograr la materialización de una obra intelectual. En segundo lugar se encuentra el “mensaje” o “finalidad” que una persona trata de lograr con la fijación de una creación, lo que el autor “quiso decir”, coloquialmente hablando, o lo que el creador “pretendió crear”. Este conjunto de elementos tanto físicos como intelectuales son lo que en mi opinión debe entenderse como el “bien creativo”, es decir, la expresión de un conjunto de conceptos que un autor o inventor expresan por medio de su creación, y que pueden ser inteligidas o no por terceros. De esta manera, el bien intelectual se compone de 2 elementos, los elementos físicos, mismos que consisten en aquellos que son transformados por el creativo y por medio de los cuales la creación se vale para ser percibida, fijada e interpretada, y el elemento intelectual que se compone de las abstracciones que el autor interpreta y transforma en base a su cosmovisión y sus conocimientos y aptitudes.

De ese conjunto de elementos es de donde deviene el derecho de una persona a atribuirse la paternidad de una creación (derecho del cual derivan todas las demás prerrogativas inherentes de la propiedad intelectual), lo que en opinión de éste autor sería fundamental esclarecerlo en la legislación o en la actividad jurisprudencial, para lograr un mayor entendimiento respecto a esta área de derecho. Tal derecho no deriva del tiempo, esfuerzo o habilidad que el creativo invierte en traducir una idea, concepto, o sentimiento en un bien palpable o artístico, sino de la transformación que surge a partir del mismo para dar lugar a una cosa lo suficientemente diferenciable para ser distinguido del demás común creativo, de permitir a individuos ajenos, la percepción de la interioridad del creador y, en última instancia, de la traducción que hace una persona de lo platónico a lo material, de lo ideal a lo perceptible.

La misma ley explica lo anterior de manera nada detallada pero de alguna forma implícita:

Ley Federal del Derecho de Autor:

“Artículo 12.- Autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística.”

Es decir, si el crear una obra es lo que convierte a una persona en autor, entonces es posible aseverar que es la creación la que le atribuye la titularidad primigenia y originaria que la hace oponible ante terceros, donde ésta no está supeditada a otra cosa más que a la creación en sí.

3. INTENCIONES DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, ¿JUSTICIA O PODER?

Resulta innegable que en la actualidad el intercambio comercial de conocimiento y la creación se han vuelto un elemento de poder tanto social como económico “la economía del conocimiento es uno de los activos más importantes de las empresas⁷³”. El cambio de matices que ha sufrido la ciencia y la cultura en el mundo viene aparejado de un sin fin de intereses que principalmente convienen a unos pocos grupos oligopólicos. Resulta por demás curioso que durante años los temas de cultura y transferencia de información internacional hayan sido parte de la agenda de la UNESCO, y luego, a partir

⁷³ TRON PETIT, *Op. Cit.*, p. 117.

del GATT, pasara a manos de un organismo cuyo principal objetivo es establecer libertades y reglas internacionales para el comercio, la Organización Mundial del Comercio OMC, “En 1985 el manejo de la cultura pasó del organismo mundial pertinente, la UNESCO, a aquel en el que el único principio rector es el libre comercio: en un primer momento el GATT y luego, en 1995, la OMC.”⁷⁴

Esto es un claro ejemplo de cómo los intereses económicos han influido en el panorama legal de la propiedad intelectual. Manuel Becerra Ramírez puntualiza: “las grandes empresas transnacionales y sus Estados, establecen como condición para el flujo de inversión en tal o cual Estado subdesarrollado, la modificación o en su caso el reforzamiento de sus niveles de protección de PI.”⁷⁵ Es decir, las empresas transnacionales y los estados más desarrollados llevan la batuta internacional respecto a la tendencia que deberá tener la legislación de propiedad intelectual. La cuestión radica en identificar la profundidad de esta influencia y si esto no ha deformado la vocación de la ley intelectual.

Las razones de este cambio en el panorama mundial pueden llegar a ser numerosas e incluso complejas, pero pueden resumirse en la premisa del “poder económico”. La explicación a esto no resulta para nada simple, ya que el aparato económico que rodea al mundo de la innovación, el diseño y el arte resulta por demás complejo y se rige por diversos factores e intereses que lo afectan y encausan.

⁷⁴ SMIERS Joost, *Op. Cit.*, p. 236.

⁷⁵ BECERRA RAMÍREZ Manuel, *Op Cit.*, p. 34.

Uno de ellos es precisamente la necesidad de generar ingresos. El derecho de autor o los derechos exclusivos obtenidos por medio de una patente, diseño o marca, garantizan un menor riesgo a la inversión en desarrollo e investigación, es decir, buscan maximizar los beneficios para los creadores de nuevas obras o tecnologías. Desde un punto de vista económico, “Si una parte de los frutos de la inversión en Investigación y Desarrollo no puede ser apropiada por el innovador, el esfuerzo en innovación será subóptimo desde el punto de vista social.”⁷⁶

En definitiva, resulta un problema que el enfoque de la legislación en materia de propiedad intelectual vea como una de sus más altas prioridades, garantizar mayores ingresos para los innovadores, mercantilizando los bienes intelectuales. Joost Smiers señala: “La cultura se vuelve objeto de intercambio comercial⁷⁷”, repentinamente, el poder de consumo se ha vuelto más importante que otras virtudes humanas.

Las posturas que defienden los actuales derechos exclusivos de explotación contemplados para las figuras de la propiedad intelectual consideran a éstos un medio para incentivar la innovación, la creatividad y la competencia, sin embargo, mucho antes de la existencia de estas ramas del derecho, el hombre creaba con independencia de sistemas autorales o de propiedad industrial. Sin duda, las legislaciones en materia de propiedad intelectual han ignorado la vocación creativa del hombre. De hecho, la finalidad incentivadora se ha tergiversado con el paso del tiempo, al punto de que ésta responde más a los intereses de las grandes empresas y no del creativo independiente. Joost Smiers arroja datos desgarradores respecto de esto, “Los artistas obtienen, en promedio, unos 200 euros por año en concepto de

⁷⁶ MORALES ELCORO, Rodrigo, *Propiedad Intelectual y Competencia Económica*, México, Porrúa, 2010, p. 47.

⁷⁷ SMIERS Joost, *Op. Cit.*, p. 185.

copyright, mientras que en el mundo es uno de los *ítem* que más aporta al producto nacional bruto⁷⁸. En efecto, el concepto de *copyright* o Derecho de Autor parece beneficiar más a los gigantes corporativos que a las personas creativas promedio. De hecho el mismo autor después señala: “Nos guste o no, el sistema de *copyright*, uno de cuyos propósitos es lograr que los artistas reciban una retribución justa, ha ido pasando rápidamente de manos de los artistas al poder de las grandes empresas⁷⁹” y continúa concluyendo: “la expansión del *copyright* favorece más a los inversores que a los creadores e interpretes⁸⁰”.

El papel de los gigantes inversores en propiedad intelectual no se limita solamente a acaparar las ganancias provenientes de la explotación de la propiedad intelectual. El desmedido poder de los grupos oligopólicos también daña la variedad de obras a las que la gente tiene acceso.

Tomemos en cuenta que la propiedad intelectual es abastecida por diversos grupos, dentro de los cuales podemos dividir los creativos independientes, y los grandes grupos corporativos. En ese sentido, es una realidad que la gran mayoría de los “productos” intelectuales provienen de los “*goliaths*” de los bienes creativos o innovadores, mientras que los productos que el común de las personas consume de los “creativos independientes” es prácticamente escaso y, en la mayoría de los casos, no llega al conocimiento de las grandes o pequeñas masas.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 112.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 97.

⁸⁰ *Ibidem*,. p. 110.

En México, Joost Smiers expone algunos números muy contundentes en relación a esto, “las dos grandes televisoras controlan cerca del 95% del mercado nacional⁸¹”. Esto no solo sucede en México, la producción de arte mundial se ve acaparado por solo unos pocos agentes protagonistas. Es tan solo necesario voltear a ver nuestras salas de cine y percatarnos que la mayoría de las producciones son estadounidenses, Hollywood es, sin duda, la meca del entretenimiento. Apenas unos pocos grupos culturales son dueños no solo de la gran mayoría de “productos” intelectuales, sino de los canales de distribución, AOL/Time, Warner, Vivendi-Universal, Sony, BMG, EMI, Disney, News Corporation o Viacom: todas ellas tienen sus propios puntos de venta, por lo que existe una fuerte integración vertical entre la producción y la distribución de productos culturales⁸².

Ello no sólo vulnera la “competencia” intelectual sino que crea una especie de barrera para la voz pública, pues vuelve materialmente imposible la correcta difusión de diferentes opiniones o ideas, circunstancia que en última instancia vulnera la democracia y la libertad de expresión, el contexto cultural e innovador pareciera concluir que solo los medios masivos tienen algo que decir. En ese sentido, habremos de tomar en cuenta que el arte siempre ha sido un tema sensible en la realidad del hombre. Los avances tecnológicos y el arte en general “han sido siempre portadoras de mensajes e intereses sociales y políticos⁸³. Pero entonces, ¿qué pasa cuando esos mensajes son transmitidos por sólo unas pocas voces?, ¿qué sucede cuando el mensaje es siempre el mismo y es además transmitido por unos pocos grupos selectos? Que el discurso democrático pasa por un embudo que solo deja que unas pocas opiniones lleguen a los oídos de los oyentes, lo que termina por formar opiniones limitadas en las sociedades y por tanto enervar la capacidad crítica

⁸¹ *Ibidem*, p. 67.

⁸² *Ibidem*, p. 49.

⁸³ *Ibidem*, p. 63.

de la comunidad, somos constantemente bombardeados por un “paquete ideológico” industrializado y empaquetado para consumo.

George Gerbner señala: “Las grandes estructuras del relato, a las que llamamos, arte, ciencia, religión, derecho, política, gobierno, periodismo..., determinan y guían el mundo en que vivimos⁸⁴”. La gran interrogante es saber quiénes controlan y deciden qué relatos se deben contar.

Por ello, la diversidad cultural es fundamental para el logro de una sociedad en democracia, la libre confluencia de diferentes opiniones en la “*agora*” pública permiten al ciudadano formarse una opinión propia, decidir libremente sobre su idiosincrasia.

En esto también se vislumbra una grave vulneración a la libertad de expresión, pues el control de los gigantes corporativos implica también el poder de los mismos para decidir qué es arte y qué no lo es, el nivel de innovación tecnológica que debe imperar en el mercado y demás factores que en definitiva conciernen y malean el órgano social en donde vivimos. “Hoy en día el copyright se vincula más con el control que con los incentivos o las compensaciones⁸⁵”.

El ambiente del arte no es la única afectada por el motor corporativo de la propiedad intelectual, el caso de los patentes también es tema de debate por los excesos en que puede llegar a incurrir su explotación. Principalmente, han sido criticadas las patentes farmacéuticas, ya que a su periodo de protección

⁸⁴ GERBNER George, *Marketing Global Mayhem*, United States of America, The Public, Vol. 2, 1995, p. 73.

⁸⁵ SMIERS Joost, *Op. Cit.*, p. 285.

se le conceden extensiones justificadas en los obstáculos que las farmacéuticas surcan para la explotación de sus patentes concedidas. Las ganancias son estratosféricas y en ocasiones, también se consiguen impedimentos a la explotación mediante las patentes de proceso, que obstaculizan el no poder fabricar la sustancia activa, por existir una barrera de exclusividad y proteccionismo⁸⁶.

Aunado a esto, pensemos por un momento en la labor “incentivadora” de las patentes. Durante mucho tiempo se ha creído que si no existiera el incentivo de la patente, el hombre no se vería inclinado a crear, pues los costos en innovación serían muy altos en relación al riesgo que conlleva que un tercero luego copie su invención. Sin embargo, algunos autores mencionan que se ha sobre-estimulado al inventor con esos incentivos legales, principalmente porque (como será profundizado en un subcapítulo posterior) el proceso inventivo es un fenómeno incremental y social, que produce a partir de lo que le antecede.

En este sentido se pueden criticar dos de los pilares más importantes para la justificación de los derechos exclusivos otorgados por las patentes, es decir; el fin incentivador, y el fin de revelación. El fin incentivador se refiere a que las patentes estimulan la innovación a partir del otorgamiento de un privilegio de explotación exclusiva a cambio de esa aportación nueva a la ciencia. Ese derecho a su vez se concede a cambio de que el inventor divulgue la manera en que la patente funciona, a esto último le llamaremos el fin de revelación.

⁸⁶ TRON PETIT, *Op. Cit.*, p. 141.

Ahora bien en primer lugar, el fin incentivador, que ya fue criticado anteriormente por negar la vocación creativa del hombre, resulta insuficiente para justificar los derechos exclusivos otorgados por una patente, simple y sencillamente porque la innovación y el progreso tecnológico son un fenómeno social e incremental y no exclusivos de un o unos individuos aislados. En muchas ocasiones, las patentes concedidas se basan en pequeñas aportaciones incrementales o en mejoras de productos ya existentes. La propia Organización Mundial de la Propiedad Intelectual reconoce estos datos: “Estudios sobre la innovación en las PYME muestran que: Suele tratarse de mejoras incrementales o pequeñas modificaciones a productos existentes”⁸⁷. A partir de esto, autores como Mark A. Lemley sugieren que la gran mayoría de las invenciones son en realidad desarrolladas por grupos de personas que trabajan simultánea e independientemente, que llegan a una conclusión similar o incluso igual respecto del problema que se pretende resolver, a esto le llama “*The Myth of the Sole Inventor*”, y lo explica en base a esta premisa, en que la innovación tecnológica se desarrolla de manera social y por lo tanto, en muchas ocasiones se origina de manera casi simultánea entre diferentes grupos de personas.

Este razonamiento (que será tratado en el capítulo que cuestiona la novedad u originalidad de las creaciones) pone en entredicho la teoría utilitaria que justifica a la propiedad industrial diciendo “Se otorgan patentes, bajo esta teoría, para incentivar invenciones que (supuestamente) de otra manera no se desarrollarían.”⁸⁸, es decir, que si se tiene en cuenta que en realidad, las invenciones suceden por un proceso histórico aparejado a la demanda que presenta la sociedad actual, entonces resulta una falacia decir que sin el sistema de patentes, los innovadores dejarían de crear. En este sentido, el

⁸⁷ http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/es/ompi_pi_teg_02/ompi_pi_teg_02_www_78880.pdf, consultado con fecha de 30 de octubre de 2014.

⁸⁸ LEMLEY A. Mark, *The Myth of the Sole Inventor*, Massachussets, University of Massachussets Publication Center, 2011, p. 55.

costo social de otorgar derechos exclusivos de explotación se ve fácilmente cuestionado, pues ya las patentes no significarían un medio para la incentivación de la tecnología, sino un obstáculo para la misma, al impedir a terceros manipular las nuevas invenciones patentadas, resultando costoso para la sociedad en conjunto otorgar tales derechos de exclusividad por periodos tan largos de tiempo.

Lemley menciona 5 consecuencias de esta errónea concepción del proceso creativo en las patentes, mencionando que los derechos intelectuales;

Primero, distorsionan los mercados lejos de la norma competitiva, creando ineficiencias estáticas, segundo, interfieren con la capacidad de otros para trabajar, por lo tanto, creando ineficacias dinámicas, tercero, incentivan conductas monetarias que son socialmente desechables, cuarto, fortalecer el sistema de propiedad intelectual implica gastos administrativos y quinto, a sobre-inversión en investigación y desarrollo es en si misma distorsionada.⁸⁹

Lemley remata argumentando que los dueños de patentes “son difícilmente personas que inventaron algo que nadie más pudo haber inventado⁹⁰”.

Michele Boldrin y David K. Levine son categóricos en este aspecto “no existe evidencia empírica de que sirvan (las patentes) para incrementar la innovación y la productividad, salvo que lo último se entienda como el número de patentes concedidas.”⁹¹ De hecho, todo lo contrario, las patentes implican en muchas ocasiones barreras a la competitividad, pues “resulta prácticamente

⁸⁹ *Ibidem*, p. 56.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 94.

⁹¹ BOLDRIN Michele y LEVINE K. David, *The Case Against Patents* p. 1 <http://dklevine.com/archive/refs478696900000000465.pdf>

imposible ofrecer una nueva tecnología sin ser demandado por infracción a una patente.”⁹² De hecho, Lemley también comenta: “Evidencia empírica sugiere que entre el 90 y 98% de las demandas modernas de patentes se interponen contra inventores independientes no imitadores.”⁹³

Un ejemplo de esto sucedió con Spotify, que fue demandada por la empresa PacketVideo, citando una violación a la U.S. patent 5,636,276 y afirmando “Spotify USA ha ofrecido a venta, vendido, e importando productos o servicios que configuran una infracción de la patente ‘276 y ha instruido e incitado a otros a usar tal patente en una conducta infractora.”⁹⁴ Otro ejemplo es el caso Microsoft-Motorola, en donde Microsoft compró el portfolio de patentes de Motorola, lo que ahora le permite cobrar regalías por cada celular “Android”, ello solo bajo la base de una patente que funciona para agendar juntas.⁹⁵ Estas barreras a la competitividad y al desarrollo no son problemas recientes, los hermanos Wright, con su invento de principios del siglo XX, “fueron los primeros en volar, como resultado de una mejora a una estructura básica de ala diseñada por otros, pero su avión no funcionaba muy bien y fue rápidamente superado por una aeronave construida por Glenn Curtiss y otros – aeronaves que fueron retrasadas por más de una década por los hermanos Wright mediante demandas de patentes⁹⁶” y la lista sigue y sigue.

⁹² <http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2011/08/intellectual-property>, Fecha de consulta: 20 de agosto de 2014.

⁹³ LEMLEY, A. Mark, *Op. Cit.*, p. 9

⁹⁴ Perry, Rick, “*Patents Against Prosperity*”, Estados Unidos de América, 2011, <http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2011/08/intellectual-property>, Fecha de consulta: 20 de agosto de 2014.

⁹⁵ BOLDRIN Michele y LEVINE K. David, *Op. Cit.* p. 1.

⁹⁶ LEMLEY A. Mark, *Op. Cit.* p. 4.

En relación a la justificación de la “revelación” de la información de patentes, el problema resulta más sistemático. Lemley apunta que la realidad inventiva refleja pocos beneficios efectivamente obtenidos a partir de la “publicación” del invento. Ello porque las publicaciones relativas a las patentes “no comunican mucho a nadie, y los abogados de patentes tienen interés en escribir revelaciones vagas”⁹⁷. No solo eso, la realidad es que la gente involucrada en la innovación científica no recurre generalmente a los documentos de patente para actualizarse. Las fuentes de información científica suelen derivar de conferencias o publicaciones especializadas, de ello que la actualización científica no derive prácticamente en ninguna ocasión a partir de un estudio de las publicaciones de patentes. Por lo general, los abogados en materia de propiedad intelectual “sugieren a los inventores no leer patentes de competidores para evitar cometer infracciones”⁹⁸. Aunado a eso, el sistema de clasificación de patentes está lejos de ser perfecto, y con la cantidad de solicitudes y patentes que se emiten, resulta un trabajo hercúleo para los creativos acudir a esa fuente para conocer el estado de la técnica.

Esta realidad objetiva sin duda vuelve muy endeble la justificación de los derechos exclusivos otorgados por la legislación intelectual. El *boom* de los derechos intelectuales en la historia reciente pareciera responder más a los impetrantes intereses de los grandes grupos “propietarios” de los derechos intelectuales que a una sincera búsqueda del beneficio social. Sin duda, tanto en materia de derechos de autor como en propiedad industrial se conjugan los más diversos intereses (a veces antagónicos) de los distintos agentes sociales, sin embargo, en pocas ocasiones se representan fielmente los intereses de quienes somos consumidores de tecnología y cultura, es decir de la sociedad como tal.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 75.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 78

Ante el gran poder económico y político que significan el capital del conocimiento, las legislaciones en materia de propiedad intelectual han servido como instrumento de expansión a las naciones más poderosas, mismas que por lo general son las propietarias de las mayores obras artísticas o de la producción industrial más prolífica. Aumentar la protección a la propiedad intelectual ha desnivelado el balance natural de la transferencia de información. Los países más industrializados crean más y con mayor libertad y mediante su derecho a explotar exclusivamente ese conocimiento, se demarca aún más la frontera de desarrollo entre los países menos desarrollados, aumentando a su vez la dependencia tecnológica. Lograr la privatización del conocimiento ha sido una de las mayores victorias de los países desarrollados, pues ello implica un instrumento de poder global interesante.

Conceder ese carácter comercial al conocimiento humano nos ha llevado a un estado de desarrollo deficiente, una mayor libertad en la transferencia y disfrute de información y cultura crearían una mayor riqueza social. Aunque pareciera difícil de imaginar otro contexto para las invenciones o las obras artísticas (pues ya somos parte de éste gran engranaje social) creo posible el cambio hacia otra dirección. La ley, como reflejo material del derecho y la justicia, no puede bajo ninguna circunstancia estar supeditada al capricho o preferencias de los poderosos. El o los Estados, deben inclinar sus legislaciones a lograr el mayor beneficio social posible. En el contexto actual de las legislaciones, resulta claro que la finalidad de las legislaciones en materia de propiedad intelectual se ha tergiversado, sobrepasando los estándares de equidad que pudieran existir entre los llamados derechos de explotación, y el derecho que tiene también la sociedad en general de disfrutar de su cultura y de aprovechar las innovaciones y avances tecnológicos para lograr una mejor calidad de vida. Una legislación que incentive la competencia sería más efectiva que una que se centre en denostarla mediante medidas que bajo la bandera de “incentivos” crean barreras a la aplicación de la información o al avance de la cultura. La idea sería que las legislaciones no se preocupen tanto

por dictar como una persona puede aprovecharse de su obra, sino que se enfoquen en como primero incentivar la creación.

4. DERECHOS DE LOS CREATIVOS

Conocer la realidad de la “propiedad” intelectual implica primero familiarizarnos con el contexto que rodea a los mismos. A manera sucinta, puede decirse que la rama de la propiedad industrial centra su “protección” a otorgar derechos excluyentes a los innovadores, es decir, los derechos que otorga una patente, modelo de utilidad o diseño industrial versan principalmente en excluir a terceras personas no autorizadas a producir, explotar o comercializar el invento o diseño en cuestión. Por lo que toca a la rama del derecho de autor, la misma divide su protección en dos tipos de derechos, el derecho moral y el derecho patrimonial, los primeros, son aquellos que tienen relación con la personalidad del autor, y se refieren principalmente a su derecho a ser reconocido como autor de la obra, a impedir modificaciones demeritorias de la misma, o a impedir se le atribuya una obra que no sea de su autoría, entre otros tanto derechos. Con respecto a los derechos patrimoniales, éstos se refieren a los derechos de explotación sobre la obra y también son excluyentes, es decir, son derechos que impiden que terceras personas no autorizadas exploten, comercialicen o reproduzcan la obra en cuestión.

Bajo ese contexto, una de las mayores dificultades a las que se enfrenta un apasionado de ésta rama del derecho, es admitir que algunos de los derechos que hasta ahora han sido reconocidos a los creadores se han vuelto excesos legislativos, tergiversándose en su nivel programático. Esto se debe en gran medida al contexto económico y social que rodea a los fenómenos que componen la “propiedad intelectual”, y que ya ha rebasado en gran medida a la legislación, permitiendo la monopolización del conocimiento y la cultura así

como el poder que ambas conllevan. Lo realmente preocupante, y que tal vez sería aún más difícil de reconocer, es que en su nivel más abstracto, éste resultado social es efecto de la anti-naturalidad que los derechos de explotación exclusiva conllevan, pues los mismos encuentran su origen eminentemente en las leyes, es decir, son instrumentos legislativos, y no obstante el consenso internacional que existe en el otorgamiento de estos derechos, la manera en que los mismos se reconocen han provocado el retroceso evolutivo natural de la sociedad, ya sea global o regional, perdiéndose de vista que con la creación intelectual, no se genera riqueza solamente para el creador o para el inversionista, sino para la humanidad en conjunto.

Bajo ese entendido, se postula que los derechos de la propiedad intelectual en su aspecto patrimonial, son una invención legislativa y no una prerrogativa connatural a los derechos intelectuales. En este sentido, se podría afirmar que la teoría utilitaria justifica la existencia de los derechos patrimoniales, mientras que la teoría de la personalidad, aparejada a lo afirmado por John Locke, hace lo mismo con los derechos morales.

Lo anterior nos encarrila a uno de los temas torales del presente estudio, los derechos de los creadores. Las legislaciones internacionales y por ende la legislación mexicana se han esmerado en definir y delimitar los derechos que una persona obtiene por la creación de una obra. Por lo general, puede admitirse que tanto la rama del Derecho de Autor como el de la Propiedad Industrial comparten el criterio de otorgar derechos de explotación exclusiva a los creadores. Sin embargo, el Derecho de Autor reconoce una gama de derechos distintos a la mera explotación, mismos que son conocidos como “derechos morales”, siendo viable afirmar que las legislaciones relativas a la propiedad industrial dedican poco o nulo énfasis a otorgar derechos (distintos a los de explotación exclusiva) a inventores o diseñadores.

En este sentido se pronuncia nuestra legislación nacional, la Ley Federal del Derecho de Autor en su artículo 11, que establece a la letra:

Artículo 11.- El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial.

Tal y como se aprecia del artículo anterior, nuestra legislación reconoce dos tipos de derechos para los autores; los derechos morales y los derechos patrimoniales. Los derechos morales de los autores son aquellos que les corresponden inherentemente por la creación de una obra y tienen mayor relación con los derechos de la personalidad del autor (teoría de la personalidad de Kant). Así, encontramos derechos como el derecho de un autor para determinar si su obra ha de ser divulgada o no, conocida como *derecho de divulgación*, y en su aspecto negativo, *derecho al inédito*. El derecho a exigir el reconocimiento de su calidad de autor o *derecho de paternidad*, y en su aspecto negativo el *derecho de repudio*, que se refiere al derecho de cualquier persona de oponerse a que se le atribuya una obra que no es de su creación. Además de lo anterior, el autor también tendrá el derecho de exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a cualquier acción que cause demérito a ella o perjuicio a la reputación de su autor⁹⁹.

“Artículo 18.- El autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación.

⁹⁹ SERRANO MIGALLON, Fernando, *Estudios de Derecho Intelectual en Homenaje al Profesor David Rangel Medina*, Universidad Autónoma Nacional de México, México, 1998, p. 59.

Artículo 19.- El derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.”

Este derecho moral nace a partir de la fijación de la obra, que tal y como ya fue tratado en capítulos anteriores, es el único requisito que la ley autoral exige para la protección de las obras concernientes al derecho de autor.

Por su parte, los derechos patrimoniales vienen establecidos en el artículo 24 de la Ley Federal del Derecho de Autor, y son derechos que en principio derivan de la creación, es decir, corresponde al autor, de manera primigenia, el derecho a explotar de manera exclusiva sus obras¹⁰⁰, con la posibilidad de ceder tales derechos a cambio de una remuneración. Éstos derechos, a diferencia de los derechos morales, tienen una mayor relación con la explotación de la obra, son de naturaleza económica y se refieren a derechos de exclusión. Al respecto, el artículo 27 de la Ley Autoral establece en qué consisten los llamados derechos patrimoniales:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

- I. La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar.
- II. La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:
 - a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
 - b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y
 - c) El acceso público por medio de la telecomunicación;

¹⁰⁰ *Idem.*

III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:

- a) Cable;
- b) Fibra óptica;
- c) Microondas;
- d) Vía satélite, o
- e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse.

IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley;

V. La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización;

VI. La divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, y

VII. Cualquier utilización pública de la obra salvo en los casos expresamente establecidos en esta Ley.

Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de los concesionarios de radiodifusión de permitir la retransmisión de su señal y de la obligación de los concesionarios de televisión restringida de retransmitirla en los términos establecidos en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y sin menoscabo de los derechos de autor y conexos que correspondan.

Ahora bien, esta dicotomía palpable sobre los derechos de autor muestra una marcada diferencia frente a la legislación relativa a la propiedad industrial, pues la materia autoral en nuestro país sí reconoce derechos exclusivos e inherentes a los creadores, que se encuentran más íntimamente relacionados con la actividad creativa y no con la explotación. En cambio, la premisa de la Ley de la Propiedad Industrial no reconoce expresamente derechos relacionados a la actividad inventiva, salvo algunas excepciones, aunado al hecho de que exige, como requisito constitutivo de derechos, se realice trámite de registro o de patente para obtener los derechos que derivan de cada figura según sea el caso.

En efecto, la Ley de la Propiedad Industrial realiza, a manera nimia, un leve reconocimiento a los inventores o diseñadores, es decir, para lo que se refiere al derecho de patentes en general (incluyendo diseños industriales y modelos de utilidad):

Artículo 10 BIS.- El derecho a obtener una patente o un registro pertenecerá al inventor o diseñador, según el caso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de esta Ley. Si la invención, modelo de utilidad o diseño industrial hubiese sido realizado por dos o más personas conjuntamente, el derecho a obtener la patente o el registro les pertenecerá a todos en común.

Artículo 13.- Se presume inventor a la persona o personas físicas que se ostenten como tales en la solicitud de patente o de registro. El inventor o inventores tienen derecho a ser mencionados en el título correspondiente o a oponerse a esta mención.

Como se puede apreciar, la legislación mexicana en materia de propiedad industrial dedica apenas un par de renglones para reconocer el derecho primigenio de los inventores y diseñadores de solicitar la patente o registro de sus creaciones, incluso, estableciendo la posibilidad para los inventores de no ser reconocidos como tales en el título de patente, implicando ello una clara contradicción a la Ley Autoral, que establece que los derechos morales son irrenunciables. Esta disyuntiva es en mi opinión contraproducente y una total contradicción a los principios inherentes a los derechos de la propiedad intelectual a partir de la cual no se encuentra una loable justificación que apoye objetivamente tal disposición o las razones por las cuales la Ley de la Propiedad Industrial no reconoce mayores derechos para los inventores o diseñadores.

Ahora bien, tal y como ya fue tratado en capítulos anteriores, a pesar de que los diseñadores no cuentan con una amplia protección en razón de la Ley

de la Propiedad Industrial, el principio de la unidad del arte permite que los mismos puedan ver sus derechos protegidos por medio de diferentes figuras del derecho autoral como pudiera ser el arte aplicado, obras de carácter plástico o escultóricas, la arquitectónica, de dibujo u otras análogas establecidas en la Ley de la Materia. Sin embargo, los inventores se encuentran ante un vacío legal que los deja en un limbo creativo, ya que ni la Ley de la Propiedad Industrial ni la Ley Federal del Derecho de Autor establecen disposiciones que les reconozcan plenamente sus derechos como creadores. Ello es sin duda una circunstancia a llamar la atención, por el solo y simple hecho de que el Estado, debería tutelar los derechos de quienes fungen como conducto para enriquecer el ambiente creativo. Máxime, que las invenciones son un agente primario en la identidad y cultura del hombre, así como el elemento toral de avance en la tecnología y aportaciones a la calidad de vida de los seres humanos. No tengo duda de que un inventor, aún cuando no fuere éste quien explotara los derechos exclusivos de su patente, tendría interés en ser reconocido como el creador de un invento, que no es sino un pequeño aporte al gran avance que ha logrado el hombre hasta nuestros días.

Lo establecido en el artículo 13 de la Ley de la Propiedad industrial y la falta de disposiciones legales que protejan a los inventores de invenciones patentables, implican en mi opinión una violación a lo establecido en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece el derecho de toda persona a la protección de sus intereses morales y materiales en razón de las creaciones que le correspondan:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora¹⁰¹.

A partir de lo anterior surgen preguntas como, ¿Por qué siendo la propiedad industrial una rama de la propiedad intelectual, no se reconocen los mismos derechos para ambas?, ¿Por qué en la legislación industrial en nuestro país sólo se reconocen derechos patrimoniales (de explotación exclusiva), y no derechos morales?

Una respuesta podría ser advertir que la legislación en materia de propiedad industrial tiene un enfoque económico e industrial y que por lo tanto no tiene en cuenta el carácter moral de las invenciones. Otra respuesta sería admitir que el concepto de “propiedad” que ha lastrado a la materia intelectual hasta nuestros días ha estigmatizado la legislación nacional. Si entendemos un poco más la naturaleza del fenómeno creativo, resulta evidente que equiparar el derecho real de “propiedad” a los derechos inherentes de la actividad intelectual implica un marcado error. En primer lugar, se podría afirmar que la teoría utilitaria justifica la existencia de los derechos patrimoniales, mientras que la teoría de la personalidad, aparejada a lo afirmado por John Locke, hace lo mismo con los derechos morales.

Ello porque, tal y como se afirma a partir de la teoría de la personalidad de Kant y Hegel, “los derechos de autor derivan de la relación del autor con la obra”¹⁰². En primer lugar, esta relación es innegable, pues el creador es el génesis de la obra intelectual, la causa que traslada un ideal onírico a la realidad terrenal. Cualquier tercero puede reconocer esa paternidad y tal

¹⁰¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, de fecha 10 de Diciembre de 1948.

¹⁰² GARZA BARBOSA ROBERTO, *Derechos de Autor y Derechos Conexos*, México, Editorial Porrúa, 2009 p. 29.

paternidad emana de ser el origen de la obra misma. Ese es el principal efecto de los derechos intelectuales, el reconocimiento como creador. Ningún otro derecho intelectual puede entenderse sin este principio, es el derecho a partir del cual emanan todas las demás prerrogativas legales pues es el que intitula a una persona a proclamarse creador, es el derecho que naturalmente se genera a partir de la propia generación intelectual. En ese sentido, toda persona tiene derecho a que se le reconozca su autoría sobre una creación nueva.

Sin embargo, ¿Qué puede decirse del derecho de explotación exclusiva que se concede a los inventores o artistas? ¿Es este un derecho inherente al acto creativo? La respuesta, en comunión con todo lo expuesto a lo largo del presente trabajo, sería que tal prerrogativa no deriva de manera connatural e inmanente de los derechos que conlleva la actividad creativa y en consecuencia la misma es ejercida y reconocida únicamente mediante el imperio de la ley, por lo que tales derechos de explotación exclusiva terminan siendo únicamente una invención legislativa.

En un panorama en donde el Estado no regulara estos derechos no se podría ejercer connaturalmente el “derecho exclusivo de explotación”, pues un individuo sería incapaz de impedir que cualquier persona lo suficientemente hábil como para utilizar ingeniería inversa dedujera su invención o una persona con la suficiente pericia pudiera copiar su obra musical o pictórica y disfrutarla.

No solo eso, la naturaleza inventiva no se entiende sin una relación social. En primer lugar, el fenómeno creativo resulta en efecto un fenómeno comunal, los creadores parten de quienes les precedieron, crean a partir de lo ya creado (tema de un capítulo posterior). En segundo lugar, el hombre no tendría el mismo instinto volitivo si sus creaciones no fueran para compartirse, es decir, para ser percibidas y aprovechadas por los demás. ¿De qué servirían

las invenciones o las propias obras de arte si fueran solamente para quienes las crearon? Las obras intelectuales son de vocación social, al extremo de poder decir que se completan hasta que son percibidas por un tercero.

De ahí que se afirme que los derechos de explotación exclusiva los derechos de explotación exclusiva no sean sino una creación legislativa, que busca el pretexto de su existencia en la incentivación de la creatividad, sin que con ello alcance a justificar los derechos que de manera exorbitante se han otorgado a los gigantes industriales y del entretenimiento. Caso contrario es hablar del derecho connatural que acompaña a toda creación humana, el derecho a ser reconocido como autor o creador de algo, derecho que no necesita del imperio de la ley para existir, sino que existe por si mismo y se genera en la propia actividad creativa en donde no es necesario más que la propia creación, y la relación de ésta con otro ser humano.

Pero, ¿cuál es la actividad catalizadora de este derecho? Para explicarlo es necesario remitirnos al postulado del *commons* intelectual. Roberto Garza Barbosa lo define como “todo el conocimiento humano desarrollado por la humanidad, creaciones humanas que están en el dominio público y que son accesibles a través de una limitación al derecho patrimonial o uso justo.¹⁰³” Si Locke argüía que la propiedad privada derivaba del trabajo que uno mezcla con el *commons*, es decir, al hombre le pertenece su trabajo, entonces, el derecho a la propiedad intelectual deriva de lo que el individuo transforma en el *commons* intelectual para crear algo relativamente nuevo. Sin embargo, y en razón de que Locke jamás se pronunció respecto a la existencia de un *commons* intelectual, no podemos extrapolar que el trabajo intelectual deriva necesariamente en la adjudicación de la propiedad sobre lo creado. Ello porque los bienes inmateriales, como trataremos a continuación, poseen características distintas que los diferencian de los bienes tangibles, de tal modo

¹⁰³ *Ibidem*, p. 26.

que no son, ni pueden ser disfrutados de la misma manera. Del trabajo intelectual no deviene propiedad, sino paternidad.

5. ORIGINALIDAD DUDOSA

Pensar en la actualidad cultural y tecnológica resulta sin duda avasallador. El avance cultural y científico del hombre ha llegado a extremos anteriormente inimaginables, en ocasiones, propios de la ciencia ficción y las novelas futuristas. La historia del progreso humano nos ha traído a un momento cumbre en la innovación de las artes y las ciencias. Sin duda, los hombres y mujeres ilustres que han permeado en la cultura, forman parte importante de nuestra historia universal, aportando grandes avances a partir de los cuales luego los nuevos creadores trabajan para seguir creando e innovando.

Reconocer el camino marcado por los predecesores culturales es un acierto en entender el mundo que rodea al fenómeno creativo, pues sin duda el arte y la tecnología avanzan a partir de lo que les antecedió, no son solo producto del ingenio sino de un proceso histórico complejo. Por lo general, las tendencias tecnológicas y culturales avanzan conjuntamente en las eras históricas, de modo que, poco a poco, se logran avances culturales y científicos. Ese complejo devenir de eventos desembocan en la catarsis creativa, es decir, el creador transforma y crea a través de lo que conoce, de lo vivido, de lo aprendido previamente, recordemos que; nada puede surgir de la nada, el célebre autor Julio Cortázar expresa de manera inspirada: “*Se ha elogiado en exceso la imaginación,*”¹⁰⁴ haciendo alusión a que la imaginación está limitada al conocimiento previo del sujeto, pues no genera

¹⁰⁴ CORTAZAR, Julio, *Rayuela*, México, D.F., Santillana Ediciones Generales, 2010, p. 434.

espontáneamente sino que necesita de un vasto campo de conocimiento e información para crear. Este ciclo creativo depende de la retroalimentación de las demás creaciones y realidades, es una alianza tácita e instintiva casi similar a una simbiosis donde cada nueva obra o creación, es un bien común a la humanidad, y a todo hombre.

En este mismo sentido, el premio novel de literatura, Gabriel García Márquez reconoció materialmente esta simbiosis entre realidad y creación, al realizar un gran gesto en honor a su inspiración literaria: “Por fortuna hay libros que no son de quien los escribe, sino de quien los sufre, y este es uno de ellos. Los derechos de autor, en consecuencia, serán para quien los merece: el compatriota anónimo que debió padecer 10 días sin comer ni beber en una balsa para que este libro fuera posible.¹⁰⁵” Es decir, los autores y en general todos los creativos, se inspiran de vivencias propias o ajenas para crear. Sin duda, sería imposible explicar las más grandes obras de arte o inventos sin tener en cuenta la realidad histórica que vive un creativo. Sus influencias, conocimientos, y experiencias se conjuntan al momento de crear su obra, y a su vez, su creación es influenciada por el conocimiento humano histórico del que el creativo se allega, mismo que resulta aprovechable por cualquier persona (pues la historia es patrimonio de la humanidad por igual) y que marca los avances y tendencias previas al creador.

Peter Drahos se refiere a esto equiparándolo con el “*commons*” que John Locke atribuía a los bienes materiales y su propiedad, explicando: “Otra interpretación es que existe un *commons* intelectual, definido como un “conjunto de objetos abstractos por descubrir”¹⁰⁶. Esta teoría, que fue brevemente tratada en capítulos anteriores, postula que el hombre, siendo

¹⁰⁵ GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, *Relatos de un Náufrago*, Barcelona, Tusquets, 1996, p. 14.

¹⁰⁶ DRAHOS PETER, *A Philosophy of Intellectual Property*, Australia, Dartmouth, 1996, p. 49.

propiedad de sí mismo, vuelve suyo aquello que transforma, imprimiendo algo de su persona. En una extrapolación de esta argumentación, se entendería que la propiedad intelectual surge a partir del trabajo que una persona realiza a partir del “*commons intelectual*”, lo que la hace creadora de ese trabajo y no propietaria en el sentido estricto de la palabra.

Esta justificación para explicar la propiedad sobre los bienes intelectuales, aunque criticada en la doctrina, me parece especialmente valiosa por la manera en que aglutina el infinito espectro intelectual en un término elegante y que puede facilitar el estudio de los fenómenos inherentes a los derechos intelectuales. Las principales críticas se centran en decir que la teoría de Locke respecto al *Commons* establece “restricciones para adquirir la propiedad, pero no para poner límites en esos derechos de propiedad”¹⁰⁷. Es decir, si entendemos que para Locke, la propiedad en general se obtiene a través del trabajo, entonces cualquier esfuerzo realizado a partir del *commons* intelectual implicaría una apropiación de ese *commons*, sin delimitar la extensión de lo que los críticos consideran “propiedad de lo intelectual”, sin embargo, las mismas también fallan en extrapolar la teoría de Locke como si se tratara de bienes eminentemente materiales, lo cual es incorrecto, como ya fue mencionado anteriormente, el trabajo en el *commons intelectual* no genera propiedad, pues resulta imposible generar un derecho de tal magnitud excluyente, sino genera el derecho de paternidad.

Al día de hoy, la legislación en materia de propiedad intelectual no pareciera reconocer esto. Los excesivos derechos que la ley intelectual otorga para la explotación exclusiva de las creaciones humanas pareciera negar esta verdad y sin embargo, el fenómeno social es evidencia de una realidad muy diferente. Joost Smiers lo recalca de manera muy clara al expresar “es difícil

¹⁰⁷ GARZA BARBOSA, Roberto, *Op. Cit.*, p. 28.

encontrar una justificación para que alguien reclame la propiedad absoluta de una obra recurriendo a una legislación que mercantiliza todo lo que se crea, inventa o representa, cuando en realidad esa obra ha recibido la influencia de muchísimas fuentes distintas.”¹⁰⁸

Estas ilaciones nos hacen cuestionar sobre la proclamada originalidad y novedad de las creaciones humanas, si resulta justo otorgar un título equiparable a la propiedad que “excluye” a los demás de disfrutar de los bienes creativos o, incluso, por qué se presenta tan latente esta necesidad del hombre por reclamar como suyo aquello que “siempre ha estado ahí”. Sin duda, las creaciones intelectuales elementales (derechos de autor y patentes), son merecedoras de reconocimiento y protección, sin embargo, la ley debe adecuarse a su naturaleza y no al contrario. En ese sentido, permitir que la ley ignore y deje de reconocer los fenómenos científicos, históricos y culturales que rodean e influyen a una creación humana resulta un craso error.

A pesar de que pareciere más sencillo observar esto en relación a las obras del derecho de autor, las invenciones son también afectas al proceso evolutivo del conocimiento humano. En específico, Robert Merton menciona “las invenciones ocurren no meramente porque un individuo haya hecho algo particularmente creativo o sorprendente, sino porque el tiempo y condiciones eran adecuadas”¹⁰⁹, recalando la importancia del contexto histórico en la materialización de las creaciones científicas. Mark A. Lemley agrega que no hay que perder de vista que la innovación no es “una discontinuidad, sino un paso incremental en un proceso continuado”¹¹⁰. Lo anterior no solo nos refiere al proceso natural de la tecnología, sino que implica concluir que cada invento

¹⁰⁸ SMIIERS Joost, *Op. Cit.*, p. 111.

¹⁰⁹ MERTON Robert, *Singletons and Multiples in Scientific Discovery*, (sin lugar de publicación), (sin editorial), 1961, p. 470.

¹¹⁰ LEMLEY. A. Mark, *Op. Cit.*, p. 8.

innovador o patentable, es en realidad una extensión del conocimiento ya existente.

Lemley incluso postula que las invenciones novedosas son en su gran mayoría desarrolladas por diversos grupos de personas prácticamente al mismo tiempo, “con muy pocas excepciones, cada invención es el resultado del ingenio creativo de la era, trabajando bajo la demanda de sus necesidades inmediatas, no es producto de la mente de un individuo”.¹¹¹ A esto le llamó el “mito del inventor solitario”, argumentando que las invenciones por lo general se suceden al mismo tiempo pues son mayormente resultado del contexto histórico, más allá de un momento individual de inspiración o genio inventivo.

A lo anterior, agreguemos que por lo general las invenciones son producto de una demanda de mercado específica. Es decir, si en el contexto comercial existe una cierta necesidad de un determinado producto que mejore o sustituya a otro, los agentes del mercado tratarán de encontrar una solución a tal problema, independientemente unos de otros, y en muchas ocasiones, los resultados de esa búsqueda serán sumamente parecidos o incluso iguales, pues ambos agentes parten de un punto de partida común (el estado de la técnica). De ello, que resulte en suma cuestionable que se pretendan otorgar derechos de explotación exclusiva por tanto tiempo para quienes realizan invenciones novedosas, cuando las mismas son producto de cientos de años de avance tecnológico.

Para sustentar lo anterior, Lemley agrega que incluso las invenciones más significativas de la historia fueron parte de un proceso simultáneo de creación. Entre éstas cita el ejemplo de Graham Bell y el teléfono, un invento

¹¹¹ ROBINSON William, *A Treatise Concerning The Law of Patents*, (sin lugar de publicación) (sin editorial), 1890, p. 29.

que fue presentado ante la oficina de patentes el mismo día que una solicitud similar desarrollada por Elisha Gray. Ambas solicitudes fueron confrontadas y finalmente la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos le dio la razón a Bell, a pesar de que su patente no logró funcionar sino hasta 1876, mucho después de la presentación de la patente y de que la invención de Elisha Gray era relativamente mejor.¹¹² En otro ejemplo, menciona que Edison fue demandado por Joseph Swan, por infringir la patente de la bombilla incandescente de Swan, lo que lo obligó a unirse con él para evitar conflicto¹¹³.

Si tenemos que la creación humana resulta un fenómeno social y no meramente individual, entonces resulta imprescindible que se cuestionen los derechos de explotación que hasta ahora se han reconocido para los inventores y artistas. Ello porque si es a partir del fenómeno social del que surgen las creaciones, entonces debería ser la propia sociedad quienes disfrutaran de esos bienes comunes, productos de la historia y el conocimiento previo. Sin duda, ello no significa que los autores o inventores dejen de tener mérito o se les deje de retribuir por sus aportaciones al mundo, sin embargo, se ha sobreestimado y sobrestimulado el proceso creativo, al punto en que ni siquiera se está premiando a los inventores y autores en lo individual, sino a las grandes cadenas de inversión que existen detrás de ellos. De ello, que sea menester replantearnos el contexto que rodea a la propiedad intelectual, pues ya los tiempos han terminado por rebasar a la legislación y las necesidades que ésta debe satisfacer para la sociedad en conjunto. Resulta injustificable que se otorguen derechos en la magnitud en que se hace actualmente, cuando toda creación implica en sí misma una deuda social.

¹¹² LEMLEY A. Mark, *Op. Cit.*, p. 26

¹¹³ *Ibidem*, p. 28.

IV. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LOS DERECHOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Los derechos de la propiedad intelectual, en sus dos ramas principales y siendo fenómenos de naturaleza análoga, comparten ciertas características que la legislación en ocasiones no reconoce expresamente y que a mi parecer son importantes para lograr un mejor entendimiento de su naturaleza.

De hecho, observar la dicotomía impuesta por la legislación entre los derechos de autor y la propiedad industrial nos hace preguntarnos el por qué de esta separación marcada; si la misma se encuentra doctrinalmente justificada, o si solamente se sigue a partir de un aspecto práctico.

La respuesta, como en muchas ocasiones, tiene muchos matices y de hecho conserva aspectos tanto prácticos como didácticos. Sin embargo, considero que la separación entre ambas ramas, aunque eminentemente práctica, nos ha inclinado a soslayar la naturaleza de los bienes de origen intelectual y por tanto la manera en que deben ser difundidos, explotados y protegidos.

El presente capítulo tratará remarcar y vislumbrar la similitud entre ambas ramas del derecho intelectual para exponer más claramente su naturaleza, mostrando los diferentes elementos que comparten las figuras creativas protegidas por la propiedad industrial y por la legislación autoral en nuestro país.

1. ORIGEN DE LAS CREACIONES INTELECTUALES

El escritor José María Eca do Queirós, considerado el más grande autor realista de la literatura portuguesa, mencionaba: “el arte es un compendio de la naturaleza formado por la imaginación¹¹⁴”. Este aforismo evoca todo un mar de interpretaciones, pero sobre todo, nos recuerda el origen de la creatividad humana, la realidad. Sin importar lo abstracta que se haya vuelto el arte, la misma no existiría sin los elementos connaturales que rodean al hombre. La imaginación no puede crear a partir de la nada, el hombre, cuando transforma para crear, requiere de un catalizador, que bien podría ser la naturaleza, los sentimientos, las vivencias, las experiencias, la cultura, el lenguaje, la familia, y el propio arte. En este sentido, se tiene que toda creación intelectual implica ya una deuda a la historia misma.

Aunado a ello, debemos tener en cuenta que diversas corrientes de pensamiento en materia de propiedad intelectual cuestionan la originalidad de las creaciones y el propio sistema actual de protección a derechos de autor o *copyright*, argumentando que “... los nuevos creadores inevitablemente y útilmente, construyen sobre sus predecesores¹¹⁵.”

Al respecto, resulta importante explicar, que todo lo que es creado por el hombre está basado en una creación anterior, como bien lo puntualiza Manuel Becerra Ramírez “el conocimiento no se produce por generación espontánea, es el resultado de una larga evolución del pensamiento humano¹¹⁶”. Esta creación puede derivar de un origen natural, como lo sería cualquier material

¹¹⁴ ECA DO QUEIRÓS, José María, *Obras Completas*, España, Editorial Aguilar, 1960, p. 343.

¹¹⁵ GARZA BARBOSA, Roberto, *Derechos de Autor y Derechos Conexos*, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 27.

¹¹⁶ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 32.

que existiera previamente en la naturaleza con independencia del hombre como los minerales (cobre, plata, oro, mármol, granito, piedra, etc.), necesarios para la realización de una escultura o una invención, o las propias notas musicales, sonidos que existen en la naturaleza pero que el compositor arregla, por medio de sonidos y silencios para crear una canción o una sinfonía. Así también, las obras pueden tener derivaciones de creaciones de origen humano, es decir; conocimientos respecto a una ciencia, aparatos o invenciones anteriores. En el plano autoral, un poema, un libro o cualquier otra obra literaria tienen su origen en el lenguaje, creación eminentemente humana y “pertenece” a sus hablantes en conjunto. Tal y como lo afirman los detractores de la actual tendencia de protección a la propiedad intelectual, cualquier creación tiene de alguna forma cercanía con docenas o centenas de creaciones, que de alguna forma en mayor o menor medida nutrieron al individuo en la realización de su propia obra.

Ahora bien, resulta muy valiosa la aportación que hace al respecto el autor Joost Smiers en su obra “Un mundo sin copyright” el cual afirma: “Nuestra cultura moderna nos lleva a olvidar que el autor o el intérprete recurren a muchas fuentes distintas –lenguaje, imágenes, sonidos, ritmos, colores, movimientos- que son parte de nuestra herencia común. Es imposible atribuirse una originalidad absoluta^{117...}”

Así pues, no puede perderse de vista que la inspiración y la actividad inventiva que hacen gestar en un autor o inventor una idea o la creación de cualquier obra o bien de origen intelectual es en muchos casos inconsciente, es decir, una obra puede ser producto del aglomerado cultural del autor, sus vivencias, su sociedad, su cultura, su pasado, su presente, sus tradiciones familiares y sociales.

¹¹⁷ SMIERS, Joost, *Op. Cit.*, p. 109.

Por tanto, la inspiración directa, que bien podría definirse como la obra u obras que el autor toma conscientemente como paradigmas y sistemas medulares para la creación de su obra, no son el exclusivo génesis de una creación, mucho menos la sola actividad creativa del autor o creador, sino que la obra en sí se origina primigenia e inconscientemente de la cultura que permea al autor (inspiración indirecta), y que de hecho trasciende a todos cuantos toca o influye.

Bajo ese tenor, podemos decir que con independencia de la rama del derecho intelectual que proteja a las creaciones, todas tienen el mismo origen. La creación humana parte de la realidad material para existir y para ser percibida, sin ella el nuevo objeto no podría ser percibido por los demás individuos. Esta transformación material tiene su génesis en el intelecto humano, aún y cuando se pueda decir que la ideación de la creación es un acto del todo personalísimo, lo cierto es que no es del todo individual. Como fue expuesto a lo largo del presente, el individuo, siendo un ser social, se expresa, manifiesta, crea y de alguna manera “piensa” bajo un contexto histórico-personal. El individuo no puede enajenarse del todo de la sociedad y de su vida, por lo que las creaciones, las ideas y las demás expresiones humanas no son del todo propias, sino que son interpretaciones del individuo que en gran medida han sido entintadas por sus vivencias, y su contexto social y cultural. El conocimiento previo es tal vez el elemento que más demarca las características y peculiaridades de una creación, sin embargo, es innegable que tal conocimiento no le es propio a ningún individuo, así como tampoco le es propio el color, los sonidos, la arcilla o las imágenes naturales que inspiran o evocan en el autor los sentimientos para crear.

Tener en cuenta el origen de las creaciones es importante para crear un sistema de protección que concorra en los intereses sociales y en los intereses de quienes invierten trabajo y capital en innovaciones o productos culturales. Si

el conocimiento no es apropiable, si los creadores crean a partir de quienes les anteceden, si creamos a partir del mundo que nos rodea y que nos pertenece por igual ¿Por qué empeñarnos en utilizar este término de propiedad?

2. BIENES SOCIALES

La teoría de John Locke en relación a los derechos intelectuales se entiende de mejor manera suprimiendo el término “propiedad”, es decir, las transformaciones efectuadas sobre bienes parte del *commons* intelectual no implican propiedad sobre tales bienes sino que generan otro tipo de derechos.

Si bien es cierto que el estigma de los derechos de propiedad parece haber acompañado a los derechos intelectuales durante casi toda su existencia moderna (el término propiedad intelectual se usa desde que fue acuñado en el Convenio de París de 1883), la naturaleza de los estos derechos nos indica (sutilmente) una realidad muy distinta.

No obstante que puede reconocerse que de una forma u otra, los derechos derivados de la actividad intelectual y los derechos de propiedad comparten ciertas prerrogativas, lo cierto es que el derecho de propiedad, como ha sido concebido desde tiempos del derecho romano, y aún hasta nuestros días, resulta un derecho mucho más amplio que el que los autores o industriales pueden ejercer respecto de sus obras. Ello no sólo por la manera en que el sistema jurídico ha otorgado prerrogativas a éstos a modo de proteger su “propiedad” intelectual, sino por la imposibilidad natural y física del autor de ejercer autoritariamente su derecho. Por ejemplo, los derechos de la propiedad industrial en relación a patentes, modelos industriales o diseños, son de naturaleza temporal, lo que rompe rotundamente el concepto de propiedad.

Aunado a ello, los derechos intelectuales, al engendrarse en gran medida en el intelecto, o en el “*commons*” intelectual, son aprovechables por diversas personas, desde el momento en que éstas son capaces de percibir la creación o invención y de, en mayor o menor medida aprovecharlas. Incluso las legislaciones en materia de propiedad intelectual reconocen ciertas excepciones a la explotación exclusiva que reconocen los titulares de derechos de autor o derechos de la propiedad industrial.

Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:

I. Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;

II. Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;

III. Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;

IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;

V. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer;

VI. Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo, y;

VII. Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos.

Artículo 22.- El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra:

I.- Un tercero que, en el ámbito privado o académico y con fines no comerciales, realice actividades de investigación científica o tecnológica puramente experimentales, de ensayo o de enseñanza, y para ello fabrique o utilice un producto o use un proceso igual al patentado;

II.- Cualquier persona que comercialice, adquiera o use el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, luego de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio;

III.- Cualquier persona que, con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de prioridad reconocida, utilice el proceso patentado, fabrique el producto patentado o hubiere iniciado los preparativos necesarios para llevar a cabo tal utilización o fabricación;

IV.- El empleo de la invención de que se trate en los vehículos de transporte de otros países que formen parte de ellos, cuando éstos se encuentren en tránsito en territorio nacional;

V.- Un tercero que, en el caso de patentes relacionadas con materia viva, utilice el producto patentado como fuente inicial de variación o propagación para obtener otros productos, salvo que dicha utilización se realice en forma reiterada, y

Como se podrá observar a partir de los supuestos establecidos en los artículos anteriormente transcritos, los derechos conferidos por la propiedad intelectual no son absolutos, permiten en ciertas ocasiones, que terceros disfruten de los mismos cuando se cumplen con determinados requisitos. Lo que se contrapone evidentemente con el concepto clásico de propiedad.

Aunado a ello, es innegable que las creaciones humanas implican intrínsecamente una especie de realidad propia. El poeta mexicano Octavio Paz, premio novel de literatura, tratando el tema de las obras artísticas, enseña que “el objeto artístico es una realidad autónoma y autosuficiente y en su sentido último no está más allá de la obra sino en ella misma¹¹⁸”.

Es decir, una obra de arte, es por sí misma una realidad autónoma, un concepto encerrado en sí misma, un instante plasmado, que refleja un momento de existencia de su creador, pero que sin embargo rebasa la realidad de sí mismo, es una idea *per se*, y no obstante, es en potencia un millar de interpretaciones y percepciones distintas.

De ahí se corrobora nuevamente el hecho de que se afirme que el autor no es dueño absoluto de su obra, pues a pesar de que su genialidad es la chispa que genera luego la materialización de millones de ideas a través de un concepto, las personas que perciben su obra, enfrentan e interpretan razones distintas a las que le dieron vida, es decir, el concepto de una creación encierra en sí mismo millones de otros conceptos que el receptor descifra, y sin embargo, estos no son atribuibles en su totalidad al creador. Ello por ejemplo sucede en la interpretación del arte, en donde una persona se enfrenta a una obra y logra descifrar significados que, aunque no fueron directamente plasmados por el autor, si se encuentran latentes en la obra misma. Otro caso es el de los modelos de utilidad, que no son sino objetos, utensilios, aparatos o herramientas que, una vez modificados en su disposición, configuración, estructura o forma, presentan una función diferente respecto de las partes que lo integran o ventajas en cuanto a su utilidad, es decir, son bienes que fueron creados para satisfacer cierta necesidad, y que luego por una modificación,

¹¹⁸ PAZ, Octavio, *El Uso y la Contemplación, Los Privilegios de la Vista I*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 65.

que deriva de una percepción distinta de un tercero sobre ese bien, le da un nuevo uso o ventaja al bien previamente creado.

Aunado a lo anterior, y tal y como se ha mencionado en capítulos anteriores, los bienes creativos tienen una vocación eminentemente social. Son bienes creados para ser percibidos no solo por su creador sino por terceros. Esta vocación social, que es nulamente reconocida en las legislaciones, es importante para entender la naturaleza de los derechos derivados de la actividad intelectual, y en última instancia, para que éstos sean otorgados en su justa medida.

Reconocer la vocación social de los bienes intelectuales, no sólo por su origen, sino también por la deuda que los mismos tienen para con la sociedad, es fundamental para crear una legislación equitativamente balanceada. El ciclo creativo constantemente se retroalimenta, es un proceso que ininterrumpidamente nutre y se nutre, por lo que es importante permitir un ambiente de mayor libertad creativa. Un contexto con menores restricciones permitiría un ecosistema de mayor sinergia creativa, la libertad de crear siempre será deseable desde el punto de vista de la libertad de expresión e incluso de la libertad de comercio, pues incentivaría la competencia al permitir un mayor volumen de oferta.

Ello no significa que un creador o inventor tenga que “donar” sus invenciones a la sociedad, evidentemente, cualquiera tiene derecho a explotar las obras de su creación, más no al extremo en que lo ha querido permitir la legislación. Sin duda, existe una cierta utilidad social en permitir que los creadores exploten exclusivamente sus creaciones, sin embargo, siendo un derecho emanado por la legislación, éste debe ser justamente distribuido para que tanto los creadores como la sociedad en general se vean beneficiados.

A pesar de esto, las críticas a la teoría de la originalidad dudosa se centran en decir que “si bien estamos en una realidad social que nos nutre, es gracias a la genialidad, el trabajo arduo y sistemático de los creadores, dígase inventores o autores, que se crea su obra”¹¹⁹. Aunque ello resulta relativamente correcto, si se tiene en cuenta que los bienes generados a partir del intelecto son fenómenos sociales, y no únicamente atribuibles al individuo, entonces pueden cuestionarse fácilmente los derechos excesivos que hasta el momento han otorgado las leyes de la propiedad intelectual.

3. LA TRANSFORMACIÓN, REQUISITO FUNDAMENTAL

Hasta nuestros días, se ha reconocido como aspecto *sine qua non* de las obras protegidas por el derecho de la propiedad intelectual, en su sentido lato, a la originalidad. Lo anterior se basa en que no puede ser protegido aquello que ya fue creado anteriormente por alguien más, en razón de que las creaciones previas se reconocen y protegen en favor de su creador originario, por lo cual no es dable otorgar una protección a una persona que no aportó algo nuevo en el mundo material, sino que se valió de lo previamente creado.

A pesar de las marcadas excepciones, que trataremos más adelante, y que además sirven a otros fines distintos a las creaciones como tal, las leyes que rigen la propiedad intelectual señalan, en prácticamente todas sus figuras jurídicas relevantes, el requisito de la originalidad o novedad, citando estos ejemplos en concreto:

¹¹⁹ VIÑATA PASCHKES Carlos, *La Propiedad Intelectual*, México, Trillas, 1998, p. 11.

PATENTES:

Artículo 15.- Se considera invención toda creación humana que permita **transformar** la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas.

Artículo 16.- **Serán patentables las invenciones que sean nuevas**, resultado de una actividad inventiva, y susceptibles de aplicación industrial, en los términos de esta Ley, excepto:

MODELOS DE UTILIDAD:

Artículo 27.- **Serán registrables los modelos de utilidad que sean nuevos y susceptibles de aplicación industrial.**

Artículo 28.- Se consideran modelos de utilidad los objetos, utensilios, aparatos o herramientas que, como resultado de una modificación en su disposición, configuración, estructura o forma, presenten una función diferente respecto de las partes que lo integran o ventajas en cuanto a su utilidad.

DISEÑOS INDUSTRIALES:

Artículo 31.- **Serán registrables los diseños industriales que sean nuevos y susceptibles de aplicación industrial.**

Se consideran nuevos los diseños que sean de creación independiente y difieran en grado significativo, de diseños conocidos o de combinaciones de características conocidas de diseños.

La protección conferida a un diseño industrial no comprenderá los elementos o características que estuviesen dictados únicamente por consideraciones de orden técnico o por la realización de una función técnica, y que no incorporan ningún aporte arbitrario del diseñador; ni aquellos elementos o características cuya reproducción exacta fuese necesaria para permitir que el producto que

incorpora el diseño sea montado mecánicamente o conectado con otro producto del cual constituya una parte o pieza integrante, esta limitación no se aplicará tratándose de productos en los cuales el diseño radica en una forma destinada a permitir el montaje o la conexión múltiple de los productos o su conexión dentro de un sistema modular.

No se protegerá un diseño industrial cuando su aspecto comprenda únicamente los elementos o características a que se refiere el párrafo anterior.

Tal y como puede apreciarse de las anteriores figuras de la Propiedad Industrial, todas establecen el requisito de novedad para el otorgamiento de derechos y protección al amparo de la legislación mexicana. La novedad, en cada una de las figuras, se refiere a diferentes aspectos según el fenómeno jurídico de que se trata. Por ejemplo, la novedad exigida en las patentes se refiere a que para que un invento sea patentable no debe ser conocido en el estado de la técnica, mientras que el estado de la técnica se entiende por aquellos conocimientos técnicos que se han hecho públicos mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero. La novedad entendida en el contexto de las invenciones implica “el primer requisito para la obtención de una patente¹²⁰”.

Ahora bien, este requisito no resulta exclusivo de las figuras concernientes a la propiedad industrial, de igual manera, la Ley Federal del Derecho de Autor establece cuales son las obras susceptibles de protegerse:

¹²⁰ SOLORIO PÉREZ, Oscar Javier, *Op. Cit.* p. 164.

DEL DERECHO DE AUTOR:

“Artículo 3o.- Las obras protegidas por esta Ley son aquellas de **creación original** susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio”.¹²¹

Algunas de las excepciones a esta regla de distintividad u originalidad resultan el supuesto establecido en el artículo 13 fracción XIV de la Ley Federal del Derecho de Autor en relación a las compilaciones, interpretaciones, concordancias entre otros, sin embargo, estas recién mencionadas excepciones, no contradicen el hecho de que la legislación intelectual exige, como requisito primordial para otorgar protección, que las creaciones estén revestidas de cierta novedad.

Todas las disposiciones antes trasuntas, ya sea de la Ley de Federal de Derecho de Autor o de la Ley de la Propiedad Industrial, comparten el requisito esencial de originalidad, o novedad, de lo cual, es loable afirmar entonces que, conforme a la visión actual de la propiedad intelectual, todas las creaciones intelectuales del hombre deben revestir el requisito de originalidad para estar amparadas a la luz de la ley.

Sin embargo, conforme a lo tratado anteriormente, en donde se cuestiona la supuesta originalidad de las obras intelectuales, consideramos que el término adecuado para considerar que existe una creación humana es el de “transformación”.

¹²¹ Ley Federal del Derecho de Autor, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996.

Este silogismo lógico debe de estudiarse partiendo de los siguientes entendidos;

1. El derecho de paternidad es el único derecho inherente a la actividad intelectual, tal derecho de paternidad no está supeditado a ningún tipo de exigencia en cuanto al nivel de novedad u originalidad de la creación.

2. El derecho de paternidad nace a partir de la transformación (teoría del *commons* de Locke), es decir, el trabajo del hombre impreso en la materia ya existente y en los conceptos que le preceden le otorgan ese derecho de paternidad sobre la creación.

3. No existe como tal el concepto de originalidad o novedad absoluta, todas las creaciones se crean a partir de lo ya creado.

A partir de esto podemos decir que el elemento esencial de cualquier creación humana es la transformación. Cuando una persona transforma la materia, la realidad o la manera en que se interpreta un concepto entonces está creando. Para comprobar esto no tenemos que remitirnos a ninguna imagen compleja, si tomáramos una hoja de papel y escribiéramos o dibujáramos cualquier cosa en ella podríamos atribuirnos la paternidad sobre la misma, y cualquier persona ajena a nosotros podría reconocer que efectivamente fuimos nosotros quien realizamos ésta creación, independientemente de si tal obra es explotable o no, lo único que resulta inherente a cualquier creación del hombre es la paternidad sobre el objeto creativo. Como referí hace unas líneas, la factibilidad de explotación es una circunstancia adicional a la creación, no es en sí inherente a su creación sino que depende de muchos otros factores que son ajenos al efecto creativo, en ese mismo tenor, lo único que es en definitiva palpable es que tal creación es atribuible a una persona.

Parte del problema de entender este planteamiento es que el concepto de “derecho de propiedad” que se ha querido atribuir a los bienes intelectuales se encuentra muy arraigado en la cosmovisión occidental, Joost Smiers señala; “Para los autores y artistas asiáticos es un honor que copien sus obras.¹²²” ¿Por qué en nuestro contexto no podemos adoptar al menos una postura ecléctica con respecto a esto? Desprendiéndonos de esa cosmovisión occidental resulta más fácil acercarnos a la realidad y naturaleza de los derechos intelectuales, y aunque resulte difícil enajenarse del contexto jurídico, la evidencia empírica muestra que los objetos creativos no son más que bienes que preexistían pero que han sido transformados. No es un obstáculo a lo anterior, reconocer que existen diversos niveles en cuanto a la profundidad de la transformación, sin duda han existido genios de nuestros tiempos que han podido de alguna manera rebasar los límites de su contexto histórico y social, sin embargo, aún los genios de la humanidad se valen del demás conocimiento y aportaciones de genios que les precedieron.

Ahora bien, ahondando en este concepto de transformación, podríamos decir que en materia de propiedad intelectual podría atribuirse el derecho de paternidad a cualquier acto que implique una transformación de la materia perceptible a los sentidos, conducta que sería suficiente para reconocer como autor o creador a una persona respecto de esa “novedad” material.

Aunque ello resulte en efecto difícil de concebir, sobre todo pensando en el ámbito de las patentes, los principios físicos y químicos pueden utilizarse como premisa para demostrar lo anterior. Antoine Laurent Lavoisier, químico a quien se le atribuye el Principio de la Conservación de la Masa, estableció a partir de este postulado, que ante una reacción química la cantidad de masa no se modificaba “La ley de la conservación de la materia establece que la materia

¹²² SMIERS, Joost, *Op. Cit.*, p. 109.

no se crea ni se destruye durante un proceso químico”¹²³, la materia solo se transforma. En ese sentido, si tenemos que las creaciones se componen de dos elementos, como lo expusimos en el capítulo de origen de las creaciones (elementos materiales, y elementos intelectuales), entonces tendríamos que reconocer que una creación como tal no es otra cosa que la transformación de la materia. Donald Campbell equiparaba este fenómeno a lo que sucede cuando pones varios ratones en un laberinto, en donde todos, de manera independiente, encuentran la manera de salir, ello simplemente porque “era el camino que ya existía para ser descubierto”¹²⁴.

Sin duda, estudiar un elemento tan complejo como lo es la creación humana implica un análisis profundo de una cantidad extensísima de variables. Esa multiplicidad de conceptos que implican las creaciones humanas se vuelve menos ambigua si reconocemos que entender la realidad creativa es también un ejercicio de autoconocimiento. Todos hemos sido en mayor o menor medida parte de esta gigantesca masa creativa que nos rodea en la actualidad. La belleza de los “Bienes inmateriales” radica en considerar que nos enriquecen a cada momento, en que el conocimiento y la cultura nos definen a cada contacto, Julio Cortázar lo dijo lacónicamente en su célebre obra *Rayuela*, “*lo que no se ha conocido es lo que no se es.*”¹²⁵

¹²³ HILL, W. John y KOLB, K. Doris, *Química para el Nuevo Milenio*, México, Prentice Hall, 1999, p. 34.

¹²⁴ CAMPBELL, Donald T., *Evolutionary Epistemology, Rationality, and The Society of Knowledge*, (sin editorial), 1987, p. 71.

¹²⁵ CORTAZAR Julio, *Op. Cit.*, p. 434.

CONCLUSIONES

El entorno normativo que rodea a las creaciones intelectuales tolera un ambiente muy hostil para el común de las personas. Nosotros como individuos creativos, somos susceptibles de crear constantemente, sin embargo, el ambiente cultural y tecnológico propiciado por el sistema de derechos de autor y la propiedad industrial, vuelve muy difícil que los pequeños emprendedores o los creativos independientes logren explotar sus obras de un modo en que se les retribuya lo que les es debido.

El poder que los pocos grupos oligopólicos han acumulado en base a las leyes que solapan la privatización de la cultura y las ciencias, ha mermado al ente social, aumentando las brechas de acceso y disfrute de información. La manera en que diversos tratados internacionales en esta materia se han emitido en aras de la unilateralidad de intereses de los estados más desarrollados, y el espectro de expectación de bienestar de los países menos desarrollados es una prueba de ello.

Resultado de esto, se ha vulnerado la democracia. La poca variedad de agentes culturales enerva la multiplicidad de ideas y expresiones, al punto de que los pocos “productos culturales” forman parte de nuestra idiosincrasia. La educación ya no viene de la cultura y la historia, sino de la mercadotecnia. Esta extrapolación de valores sin duda permea a la sociedad en profundidades inmensurables, pues forma o deforma valores como el respeto, la fidelidad, el honor, el valor de la familia entre otros. La educación de las nuevas generaciones ha pasado de los núcleos más elementales de la sociedad (familia, escuela, círculo social), a los medios masivos de comunicación, que poco a poco permean más en la vida privada de los individuos. Antes las

personas tenían algo que contar, algo que enseñar, ahora, las empresas tienen algo que vender.

Sin duda, dar un matiz más humano a las legislaciones en materia de propiedad intelectual coadyuvaría a que el panorama cambiara drásticamente, pues los bienes intelectuales no son solamente productos culturales, sino que son fuentes de riqueza que pueden beneficiar a cualquier individuo.

Si bien el contexto mercantilista (que afecta en todos los sectores y no solo en el derecho de la propiedad intelectual) de nuestra sociedad vuelve difícil imaginar una forma distinta de proteger los derechos intelectuales, la realidad es que la manera en que actualmente se han entendido estos bienes ha mermado el potencial de riqueza científica y cultural de la sociedad. Tras realizar el estudio anterior, quedo convencido de que la visión general que la ley denota para la protección de los bienes creativos es por lo mínimo tergiversada y por lo tanto deficiente en términos sociales.

Tal y como fue tratado a lo largo del presente, las razones por las cuales la legislación se ha decantado por este enfoque mercantilista y privado son complejas y van más allá de ser un problema exclusivo de la materia de la propiedad intelectual. Sin embargo, grandes cambios podrían lograrse si nos replanteamos la manera en que concebimos nuestra propia capacidad y vocación creativa. Ello podría lograrse si hacemos un ejercicio concienzudo para entender la naturaleza recíproca de la creatividad. Si dejamos de lado la creencia de que el derecho a explotar una obra intelectual de manera exclusiva es inherente a la creación de la misma, debemos entender que la sola incentivación de la creación y el acto creativo es por sí mismo suficientemente rico, sin que la factibilidad de explotación de los bienes creativos sean los que determinen el valor o mérito de la obra (como se cree popularmente). Cada

creación humana, por más pequeña, primaria o nimia que sea, resulta potencialmente valiosa para la sociedad en su conjunto, ya que la misma es como tal una expresión individualizada de un universo personalísimo, es una expresión del alma que se atreve a exteriorizarse con sus actos y sus diferentes formas de expresión

Es verdad que las circunstancias históricas vuelven más compleja una reforma en este sentido, pero estamos a tiempo de realizar los cambios necesarios para permitir el sano desarrollo creativo de la sociedad. Si bien es cierto que resulta justo que los creativos reciban ingresos en razón de lo que crean, el actual aparato cultural y científico no permite una real retribución para quienes crean de manera independiente, por lo que el otorgamiento excesivo de estos derechos de explotación coadyuvan solamente a algunas manos e impiden el correcto funcionamiento del engranaje cultural y científico.

Tal y como fue tratado de ser demostrado a través del presente trabajo, parte fundamental para comenzar ese camino sería que las legislaciones en materia de propiedad intelectual reflejaran de manera más adecuada la naturaleza de los bienes que protegen. Empezando por unificar más homogéneamente los principios que rigen a ambos derechos. Emplear un tinte legislativo que permita y promueva la competencia y no la restricción resultaría más benéfico en términos globales.

El derecho de autor y la propiedad industrial sin duda son piedras angulares del progreso y son germen de la cultura humana, por su valor incalculable para nuestro mundo es necesario se eduque y se legisle en su debido respeto y protección.

PROPUESTAS PARA UN NUEVO PANORAMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INTELECTUALES

La concepción y enfoque de protección de la ley, tanto en materia de propiedad industrial como en derecho autoral, parece enfocarse más en resolver problemas prácticos que en propiamente otorgar la protección justa que deriva de la actividad creativa, es decir, no se preocupa por incentivar la creación, sino por dictar lo que un individuo puede hacer o aprovechar de su creación una vez creada. Por “protección debida” no debe entenderse en ningún caso el “máximo de protección”, sino la protección que les corresponde conforme a su naturaleza y a la posibilidad y alcance de utilidad social que tal protección puede generar.

Hablando propiamente de la ley autoral, la tendencia actual no hace sino incentivar el proceso creativo bajo una premisa falsa, que la cultura y las artes deben resultar un negocio. Ese enfoque utilitarista de la ley autoral sugiere a los propios autores y en general a la propia población, de que el camino correcto para proteger estos derechos es, otorgándoles tanta protección como sea posible para que sus obras sean traducibles en dinero.

En materia de la propiedad industrial, el derecho de patentes, genera en ocasiones obstáculos a la competencia económica, por suscitarse abusos en el ejercicio de los derechos monopolizadores que esta confiere, tal y como lo puntualiza Jorge Amigo Castañeda, “el abuso en el ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual puede dar lugar a conductas anticompetitivas.”¹²⁶

¹²⁶ CASTAÑEDA Jorge Amigo, *Op. Cit.*, p. 6.

Para lograr un verdadero equilibrio social, es necesario eliminar la visión de que los derechos patrimoniales son intrínsecos a los derechos intelectuales. A partir de esto, la normatividad intelectual tendría en cuenta que los derechos de explotación exclusiva son prerrogativas establecidas a criterio del legislador, por lo que son un medio para generar bienestar social, de tal modo que éstas deben constituirse por medidas justas que permitan nivelar los derechos de los creadores y de la sociedad en general, logrando un enfoque mucho más apegado a la realidad creativa. “¿No es exagerado otorgar a los intermediarios, es decir, a las industrias culturales, un derecho de exclusividad monopólico sobre sus expresiones culturales válido por más de un siglo cuando esas expresiones derivan en su mayor parte de diversas fuentes del dominio público?”¹²⁷

Las siguientes propuestas en efecto tratarán de seguir la línea planteada en el trabajo, sin embargo, no podemos dejar de lado las implicaciones prácticas de un cambio radical en la cosmovisión de protección a la “propiedad intelectual”. Por ello, las presentes propuestas intentarán comulgar lo planteado por este autor con el contexto real, proponiendo cambios graduales a favor de lograr una protección factible y aplicable, pero que a la vez sea más adecuada para los derechos intelectuales:

El periodo de protección para las obras del derecho de autor debe de ser reducido drásticamente. México es en la actualidad, uno de los países que mayor periodo de protección otorga, extendiéndose hasta por 100 años tras la muerte del autor, siendo que en el Convenio de Berna se establece un término de 50 años tras su muerte¹²⁸, es decir, en México se otorga el doble de protección. Aún y cuando incluso lo establecido en el Convenio de Berna me

¹²⁷ SMIERS, Joost, *Op. Cit*, p. 249.

¹²⁸ Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886.

parece excesivo, resultaría un gran avance que como mínimo se redujera el periodo de protección a un tiempo de 50 años tras la muerte del autor. Para el caso de las patentes, pueden plantearse reducciones graduales y relacionadas con las diferentes ramas de las invenciones, por ejemplo, en el caso de las patentes farmacéuticas en donde los derechos exclusivos de explotación son fundamentales por los elevados riesgos y costos de investigación y desarrollo, podría mantenerse el mismo periodo de protección, mientras que para áreas en donde las patentes son de menor importancia podría plantearse una reducción en relación a qué tan necesarias son las patentes para asegurar la recuperación de la inversión. Algunas encuestas realizadas a diferentes empresas innovadoras muestran que “más del 90% de las patentes farmacéuticas no hubieran sido desarrolladas sin protección patentaria, mientras que sólo el 20% de las innovaciones químicas, electrónicas y mecánicas siguen esta tendencia¹²⁹”. El mismo estudio luego concluye lo siguiente: “En metales, equipo eléctrico, instrumentos, equipo de oficina, vehículos automotores, y textiles, muy pocas invenciones adicionales fueron comercialmente introducidas a causa de la protección de patente... Sin embargo, en algunas industrias (farmacéutica y química), los efectos de las patentes eran muy sustanciales.¹³⁰”

En este respecto se vuelve a cuestionar el elevado costo social que implica la protección patentaria, pues si en algunas áreas industriales las patentes no son fundamentales para motivar la innovación, y a pesar de ello se continúan concediendo periodos de protección hasta por 20 años, entonces se están otorgando derechos de explotación exclusiva de manera deficiente y a un costo social muy alto, por lo que resultaría prudente que los tiempos de protección se redujeran gradualmente para las ramas industriales en donde las patentes no resultan tan fundamentales.

¹²⁹ MANSFIELD Edwin, *Patents and Innovation: An Empirical Study*, United States of America, Management Science, 1998, p. 174.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 180.

Si bien es cierto que los proyectos de desarrollo en tiempos actuales han catapultado los costos derivados de la innovación, “el costo de la investigación para el desarrollo es muy alto y los intereses económicos involucrados son muchos”¹³¹, también lo es que las ganancias que las grandes empresas obtienen por sus derechos exclusivos de patentes son estratosféricas.

Si bien las patentes son fuentes incuestionables de riqueza científica y económica, pues “la innovación tecnológica se ve como un factor crítico en el crecimiento económico y la prosperidad social de una nación”¹³², no existen pruebas fidedignas que muestren que el periodo de 20 años de explotación de una patente es el tiempo idóneo para amortizar los gastos absorbidos por investigación, innovación y desarrollo. Sin embargo, las propias empresas líderes en innovación (Toshiba, Hitachi, Canon, Mitsubishi, Kodak, IBM, entre otras), son ejemplos del poderío de mercado que otorgan los derechos intelectuales aplicados a la innovación, y de cómo estos son en extremo redituables. IBM fue por vigésimo año consecutivo, la empresa que más inventos patentó en Estados Unidos, con un total de 6.478 patentes en 2012¹³³. Ese mismo año, IBM reportaba un alza del 4,7% por ciento, con ganancias por 16,600.00 millones de dólares.¹³⁴

¹³¹ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 44.

¹³² JALIFE DAHER, Mauricio, *Comentarios a la Ley de la Propiedad Industrial*, México, Porrúa, 2012, p. 49.

¹³³ BECARES Bárbara, “IBM vuelve a ser, en 2012, la empresa que más patentes registra”, España, 2013, <http://www.channelbiz.es/2013/01/11/ibm-mas-patentes-registra/>, Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2014.

¹³⁴ “Ganancia en alza para IBM en 2012, un poco por encima de expectativas”, Nueva York, 2013, <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/economica/ganancia-en-alza-para-ibm-en-2012-un-poco-por-encima-de-expectativas-105759> Fecha de Consulta: el 23 de septiembre de 2014.

Aunado a esto, en el ambiente patentario pareciera no tenerse en cuenta el papel de los signos distintivos. Por ejemplo, en la rama farmacéutica aún no existe mucha confianza respecto a los medicamentos genéricos, por lo que las marcas de los fármacos cuya fórmula ha vencido para efecto de patente, siguen otorgándoles gran ventaja en el mercado. En la rama de la electrónica o la telefonía, puede apreciarse a simple vista una tendencia marcada respecto a las preferencias tecnológicas, donde la gente prefiere los productos que irrumpen los mercados. El Iphone, por ejemplo, se lanzó por primera vez en 2006, y no tuvo competencia sino un año después, a través del HTC Dream (que utilizaba el sistema operativo Android). “Para ese tiempo 5 millones de Iphones se habían vendido, y las ventas aumentaron a más de 25 millones de unidades en el año siguiente, mientras que las ventas de todos los teléfonos Android ascendían a 7 millones¹³⁵”, demostrando que la marca se había posicionado fuertemente en el mercado, independientemente de su protección patentaria.

A cuenta de dar otro ejemplo de cómo los derechos concedidos por patentes se han tergiversado, Manuel Becerra Ramírez apunta: “En tiempo de recesión, los propietarios de la Propiedad Intelectual, “han encontrado nuevas y lucrativas fuentes de ingresos, independientemente de las licencias, precisamente en los litigios”.¹³⁶ Ello es fácilmente apreciable a partir de las guerras encarnizadas que se suscitan en las industrial de la innovación a partir de los portafolios de patentes, mismos que se utilizan como una guerra litigiosa “La vasta masa de patentes no solo son inútiles sino que no representan innovación en lo absoluto. Son parte de una guerra. Cualquier gran compañía necesita de un gran portafolio de patentes para defenderse de demandas potenciales...¹³⁷”. Estas barreras a la competencia no pueden mitigarse si no

¹³⁵ LEVINE, David K y Boldrin Michele, *Op. Cit.*, p. 3.

¹³⁶ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 44.

¹³⁷ LEVINE, David K y Boldrin Michele, *Op. Cit.*, p. 3.

se reconsidera la reducción, cuanto antes, de los derechos de explotación exclusiva sobre las innovaciones.

Es por ello que se propone se reduzcan gradualmente los tiempos de protección tanto de los derechos de autor como de las patentes, ello no solo en base a una merma arbitraria, sino teniendo en consideración las particularidades de explotación que cada una de las figuras de la propiedad intelectual tiene, pudiendo aplicarse esto no solo a lo ya referido en patentes sino también en relación a los derechos de autor. Concluyendo que las ventajas serían muy palpables y no solo permitirían un más efectivo acceso y transferencia de información sino que incentivarían un mayor rango de competencia para las empresas, ambiente que propicia de mejor manera la innovación frente al actual sistema de incentivos.

Aunado a lo anterior, ha de decirse que no obstante la avalancha de innovación proveniente de los goliaths tecnológicos, existe poca difusión en relación a las patentes registradas y cuyo periodo de protección ha fenecido. No hace mucho tiempo, en la década de los setentas, al estudiarse el tipo de contratos de licencias en vigor en ese momento, “se detectó que en muchos casos las empresas mexicanas estaban pagando por patentes que se encontraban ya en el dominio público”¹³⁸. En términos más actuales, “menos del 6% de la tecnología registrada ha sido publicada en otro tipo de literatura que no fueran los registros de patentes”.¹³⁹

Sin duda, el sistema de publicación de patentes sirve sólo para términos legales, en donde los documentos son utilizados para impugnarse ante

¹³⁸ JALIFE DAHER, Mauricio, *Op. Cit.*, p. 48.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 50.

tribunales o mediante un procedimiento contencioso seguido en forma juicio. Sin embargo, este sistema es en potencia un medio para incentivar la competencia entre los innovadores, pues teniendo en cuenta que es un sistema de publicidad, el mismo puede fungir como un catalizador para la diversidad de ofertas y para que los bienes tecnológicos sean más asequibles a la población en general.

En este sentido, propongo que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial realice convenios de publicación con revistas científicas de diferentes ámbitos, de modo que se publiquen con determinada periodicidad, las patentes, diseños o modelos de utilidad cuya vigencia haya caducado y que ahora son parte del dominio público, incentivando la competencia y permitiendo a los industriales ampliar su abanico de productos y tecnología.

Por otra parte, resulta también obligación del legislador reconocer los derechos morales de los creadores desde el momento en que éstos exteriorizan su idea. Por lo que propondría un cambio en relación al momento en que la ley otorga protección a la creación intelectual.

Existen legislaciones con matices muy progresistas respecto al momento en que la ley debe otorgar protección a las obras de derecho de autor. Un ejemplo de ello es la ley coreana, la cual no exige que la obra se encuentre fijada en un soporte material¹⁴⁰, de esta forma, extendiendo las posibilidades de protección para los autores. Bajo este esquema de protección, es posible proteger expresiones como discursos, debates, conferencias, música improvisada u obras dramáticas no escritas entre otros. No obstante lo innovador que puede resultar el sistema autoral coreano, claramente apareja

¹⁴⁰ SOLORIO PÉREZ Oscar Javier, *Op. Cit.*, p. 229.

ciertas dificultades para la aplicación del derecho en la protección de algunas obras, al no estar fijadas en un soporte material.

Sin embargo, considero que muy a pesar de las complicaciones que pueden surgir a partir de considerar como obras susceptibles de protección aquellas que han sido completadas, me parece que la noción de protección de la ley coreana resulta más apropiada en comparación al modelo legal mexicano para la protección de los derechos de los creativos, esto en razón de que la misma establece que los derechos de autor comienzan “a partir de que la obra es completada, sin importar procedimiento o formalidad alguna”.¹⁴¹

Ello, porque resulta innegable que la atribución de autoría pertenece a una persona en el momento en el que la misma ejecuta en tiempo real una expresión creativa. El hecho de que esto pudiera resultar difícil de probar en un procedimiento no significa que no deba reconocérsele a su autor esa paternidad espontánea, por ello, la ley no debería hacer distinción respecto a si una obra fue fijada sobre un soporte material o no.

Incluso, yendo a los extremos de esta proposición personal, diría que puede atribuírsele la autoría a una persona desde el momento que comienza a exteriorizar su obra, mediante cualquier medio que permita a un tercero percibirla o captarla.

Consciente de las implicaciones y dificultades prácticas que puede acarrear el otorgar la protección de ley a las obras a partir de que son exteriorizadas, reitero que esto no puede ser un óbice para reconocer que el

¹⁴¹ *Idem.*

derecho de un creativo sobre su creación comienza desde que la misma se exterioriza y es percibida por un tercero. Esto puede ser tan claro como ponernos en el siguiente ejemplo, que deja a la simple vista esta posición. Si dos músicos estuvieran encerrados en un cuarto, cada uno con un saxofón, y ambos comenzaran a improvisar una melodía distinta, sería innegable que ambos sabrían quien fue el autor de cada una de las melodías, aun y cuando no fuera una canción acabada o aunque no hubiera sido grabada. Podría agregarse incluso un tercer saxofonista, un cuarto, un quinto y entre los cinco aún podrían reconocer y atribuir a cada uno sus respectivas melodías. Sin embargo, a medida que el número de músicos aumenta la certeza disminuye, pues comienza a ser más difícil encontrar consenso respecto de quién es el creador de qué pieza, de lo que deriva que esta complicación es meramente práctica, y se debe a la inmensidad creativa que rodea a la sociedad. No obstante, ello no desvirtúa el hecho de que es posible atribuir la creación a una persona desde el momento en que ésta exterioriza su idea y la plasma en un concepto, ya sea en una pieza musical, una escultura, un diseño o incluso un invento.

Ahora bien, esta paternidad creativa, tal y como fue tratado anteriormente, debe reconocerse también a los inventores, pues la actual Ley de la Propiedad Industrial no reconoce expresamente ningún tipo de derechos para éstos, incluso permitiéndoles renunciar a su derecho de reconocimiento como inventores en el título de patente, lo que me parece una total transgresión a derechos humanos y al derecho inherente de un creador a ser reconocido como el autor de una obra. En este sentido, deberán de existir en la Ley de la Propiedad Industrial, normativas que protejan de mejor manera el derecho de paternidad de los inventores para salvaguardar su derecho inherente como creador de una innovación.

Por último, considero fundamental se promueva un cambio de conciencia con respecto al origen de las creaciones intelectuales, reconociendo siempre que cualquier tipo de creación humana, registrable o no registrable, patentable o no patentable, tiene una deuda histórica, social y cultural con todo lo anteriormente creado, incluso desde el punto de vista de la manipulación de los elementos y lo que pertenece propiamente a la naturaleza.

En este sentido propongo se utilice como principio rector de las legislaciones, el “principio de transformación” principio a partir del cual se afirma que “Se considera autor o inventor a aquel que transforma, a través de conceptos y conocimiento previo, uno o diversos elementos reales y preexistentes, que son perceptibles a los sentidos de terceros, en un bien diferenciable de los previamente existentes, lo que le confiere el derecho de ser reconocido como creador, al ser ésta actividad una manifestación de la personalidad del individuo”. Por medio de éste principio no sólo se reconoce la importancia del trasfondo cultural y científico, sino que se da especial énfasis al origen de los demás derechos intelectuales, el derecho de paternidad, es decir el derecho a ser reconocido como autor, con lo que inclinamos la legislación no al plano económico de las creaciones sino a su verdadera naturaleza social o humana.

El reconocimiento de este principio implicaría finalmente reconocer el papel fundamental del contexto y trasfondo histórico, cultural y científico de los creativos, y podría fungir también como catalizador y justificación para reducir los excesivos derechos de explotación que hasta el momento se han concedido a los inventores o autores. No podemos olvidar que el hombre no es un ser independiente, por lo que sus actos tampoco lo son, cualquier acto creativo ya implica una deuda con el pasado mediato o inmediato.

Cada persona, con su vocación creativa, podrá percatarse de la realidad que trata de exponerse a partir del presente trabajo. Para el verdadero progreso y descubrimiento de la verdad, es esencial que se reconozca y promueva la libertad del conocimiento y de su expresión. Toda creación humana implica una declaración interna del individuo y por lo tanto, es una cosmovisión que por el solo hecho de ser declarada es infinitamente rica. Pensemos que cualquier tipo de expresión es germen de progreso, pensemos no sólo en ello sino en las posibilidades que brinda la propagación libre del conocimiento y el progreso. Hacer participes al común de las personas en las expresiones más fructíferas y bellas y en las más innovadoras y creativas convierte al panorama humano en un conjunto de potencialidades infinitas.

Desgraciadamente, el problema no es exclusivo de la materia intelectual. Hemos llegado a un punto en donde los intereses económicos y políticos de los grupos oligopólicos marcan el compás y el *leitmotiv* del *status quo*, lo que hace parecer que la justicia y el bienestar social son búsquedas infactibles. Hasta que no se entienda que el mundo y sus riquezas fueron dadas a todos los hombres por igual, no seremos capaces de eliminar las fronteras y laderas que separan a los pobres de los ricos o a los poderosos de los desamparados. Existe la creencia de que el conocimiento no es realmente aprehendido sino hasta que se comparte. Dejemos de lado la visión material-mercantilista que ha manchado al conocimiento humano y con ello acercaremos más a nuestra humanidad al entendimiento de nuestro universo, y más importante aún, de nuestra humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

A. GORMAN, Robert, Copyright: Cases and Materials, 5ª edición, Charlottesville, Virginia, Lexis Publishing, 2000.

BECERRA RAMÍREZ Manuel, La Propiedad Intelectual en Transformación, México, D.F., Editorial Porrúa, 2009.

_____ ; Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina, México, UNAM, 1998.

BERMONTE Luis Eduardo, Derecho de Marcas: marcas, designaciones y nombres comerciales, Buenos Aires, Helastia, 2003.

CAMPBELL, Donald T., Evolutionary Epistemology, Rationality, and The Society of Knowledge, (sin editorial), 1987.

CHAVES, Antonio, Derecho de Autor, Principios Fundamentales, Río de Janeiro, Forense, 1987.

CORTÁZAR, Julio, Rayuela, México, D.F., Santillana Ediciones Generales, 2010.

DRAHOS Peter, A Philosophy of Intellectual Property, Australia, Dartmouth, 1996.

FISHER III William, The Growth of Intellectual Property: A History of Ownership of Ideas in the United States, Boston, Harvard University Press, 2003.

FORNS José, Le Droit de Propriété Intellectuelle Dansses Relations Avec l'Intéret Public et la Culture, París, 1951.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, Relatos de un Náufrago, Barcelona, Tusquets, 1996.

GARCÍA PÉREZ, Jesús Francisco, Derechos de Autor en Internet, Primera Edición, México, UNAM, 2013.

GARZA BARBOSA, Roberto, "La filosofía de la propiedad intelectual. ¿Para qué sirve?", Monterrey, Iustitia, núm. 8, noviembre de 2003.

_____ ; Derechos de Autor y Derechos Conexos, Marco Jurídico Internacional, Aspectos Filosóficos, Sustantivos y de Litigio Internacional, México, Porrúa, 2009.

GERBNER George, Marketing Global Mayhem, United States of America, The Public, Vol. 2, 1995.

GONZÁLEZ DE COSSIO Francisco, Propiedad Intelectual y Competencia Económica, Porrúa, México, 2010.

HILL, W. John y KOLB, K. Doris, Química para el Nuevo Milenio, México, Prentice Hall, 1999, p. 34.

JALIFE DAHER, Mauricio, Comentarios a la Ley de la Propiedad Industrial, México, Porrúa, 2012.

LANDES William y A. POSNER Richard, An Economic of Copyright Law, Estados Unidos de America, The University of Chicago Press, 1989.

LEMLEY. A. Mark, The Myth of the Sole Inventor, Massachussets, University of Massachussets Publication Center, 2011.

LOREDO HILL Alfredo, Estudios de Derecho Intelectual en Homenaje al Profesor David Rangel Medina, México, Universidad Nacional Autonoma de México, 1998.

LOCKE, John, Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil, México, Alianza Editorial, 2004.

MAGAÑA RUFINO, José Manuel, Derecho de la Propiedad Industrial en México, México, Editorial Porrúa, 2010.

MANSFIELD Edwin, Patents and Innovation: An Empirical Study, United States of America, Management Science, 1998.

MERTON Robert, Singletons and Multiples in Scientific Discovery, (sin lugar de publicación) (sin editorial), 1961.

OBÓN LEÓN J. Ramón, “El Derecho de Autor Como Fundamento de Desarrollo Cultural”, Boletín de Derecho de Autor de la UNESCO, vol. XVI num. 4, 1982.

PAZ, Octavio, El Uso y la Contemplación, Los Privilegios de la Vista I, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

PEREZ NIETO CASTRO Leonel y GUERRERO SERREAU R.R., Derecho de la Competencia Económica, México, Oxford University Press, 2002.

RANGEL MEDINA, David, La Protección del Arte Aplicado, Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística, núms. 29 y 30, enero-julio, 1997.

ROBINSON William, A Treatise Concerning The Law of Patents, (sin lugar de publicación) (sin editorial), 1890.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil II Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, México.

SERRANO MIGALLÓN Fernando, Nueva ley del Derecho de Autor, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.

_____ ; Estudios de Derecho Intelectual en Homenaje al Profesor David Rangel Medina, Universidad Autónoma de México, México, 1998.

SMIERS, Joost, Un mundo sin Copyright, Julieta Barba y Silvia Jawerbaum, Barcelona, Editorial Gedisa, 2006.

SOLORIO PÉREZ Oscar Javier, Derecho de la Propiedad Intelectual, Editorial Oxford, México, 2011.

VILLORO TORANZO, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 2007.

VIÑATA PASCHKES Carlos, La Propiedad Intelectual, México, Trillas, 1998.

W. PATTISHALL Beverly, Trademarks and Unfair Competition, Nueva York, LexisNexis Publishing Co., 2000.

WALLERSTEIN, Mitchell B., Global Dimensions of Intellectual Property Rights, Science and Technology, Washington D.C., National Academy Press, 1993.

LEGISLOGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Ley de Invenciones y Marcas de 1976.

Código Civil Federal.

Código Civil del Estado de Jalisco.

Código de Comercio de 1884.

Ley Federal del Derecho de Autor, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996.

Ley de la Propiedad Industrial, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 1991.

Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886.

Convenio de Paris de 20 de marzo de 1883.

INTERNET

BECARES Bárbara, “IBM vuelve a ser, en 2012, la empresa que más patentes registra”, España, 2013, <http://www.channelbiz.es/2013/01/11/ibm-mas-patentes-registra/>.

BOLDRIN Michele y LEVINE K. David, “The Case Against Patents” <http://dklevine.com/archive/refs4786969000000000465.pdf>.

DÍAZ NOCI, Javier, “El periodista como autor. Evolución histórica de la protección jurídica sobre la obra informativa”, Universidad del País Vasco, España, 2005, <http://www.ehy.es/zer/zer7/noci74.html>.

PERRY Rick, “Patents Against Prosperity”, Estados Unidos de América, 2011, [www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2011/08/intellectual property](http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2011/08/intellectual-property), Fecha de consulta: 20 de agosto de 2014.

<http://lema.rae.es/drae/?val=intangible>, consultada el día 7 de abril de 2013.

<http://www.rae.es/drae/srv/search?id=tMEhYK41MDXX2KKKu3PW>.

http://www.indautor.gob.mx/documentos_principal/estatutoreina.pdf.

http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/895/wipo_pub_895.pdf.

“Ganancia en alza para IBM en 2012, un poco por encima de expectativas”, Nueva York, 2013, <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/economica/ganancia-en-alza-para-ibm-en-2012-un-poco-por-encima-de-expectativas-105759>.