

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
(FLACSO)**

MAESTRÍA EN PROPIEDAD INTELECTUAL

**DE CÓMO EL CRITERIO UTILITARISTA DE
JUSTIFICACIÓN PRIMÓ EN LOS ALBORES DEL SISTEMA
DE PATENTES. ESTUDIO DE CASOS: INGLATERRA,
ESTADOS UNIDOS Y FRANCIA.
(Desde el Medioevo a la primer Revolución Industrial)**

Maestrando: Guillermo Esteban Vidaurreta

TESIS DE MAESTRÍA

Directora: Dra. Valentina Delich

Buenos Aires, diciembre de 2010

**DE CÓMO EL CRITERIO UTILITARISTA DE
JUSTIFICACIÓN PRIMÓ EN LOS ALBORES DEL SISTEMA
DE PATENTES. ESTUDIO DE CASOS: INGLATERRA,
ESTADOS UNIDOS Y FRANCIA
(Desde el Medioevo a la primer Revolución Industrial)**

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
(FLACSO)**

MAESTRÍA EN PROPIEDAD INTELECTUAL

**DE CÓMO EL CRITERIO UTILITARISTA DE
JUSTIFICACIÓN PRIMÓ EN LOS ALBORES DEL SISTEMA
DE PATENTES. ESTUDIO DE CASOS: INGLATERRA,
ESTADOS UNIDOS Y FRANCIA.
(Desde el Medioevo a la primer Revolución Industrial)**

Maestrando: Guillermo Esteban Vidaurreta

TESIS DE MAESTRÍA

Directora: Dra. Valentina Delich

Buenos Aires, noviembre de 2010

AGRADECIMIENTOS

Cuando preparé mi informe final para la Carrera de Actualización en Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho de la UBA, trabajé sobre los orígenes históricos de las patentes en Argentina. En ese momento pensé que sería una buena idea agregarle un capítulo previo destinado a analizar el desarrollo del sistema de patentes en EEUU y Europa. Pero al momento de presentar el trabajo desestimé el intento por falta de tiempo. El Dr. Carlos M. Correa, que sabía de mi idea original, posteriormente me animó a seguir trabajando sobre el tema, por lo cual quiero agradecer en primer término su aliento, sin el cual el proyecto de este trabajo seguramente hubiera permanecido en el olvido.

La inscripción en la Maestría en Propiedad Intelectual de FLACSO fue la ocasión para finalmente trabajar sobre el tema. Realizar una tesis, no hace falta decirlo, es una tarea ardua, pero todo es más sencillo si se cuenta con el respaldo de una organización institucional como FLACSO y una Consejera como la Doctora Valentina Delich. Es debido a los consejos de la Dra. Valentina Delich —y a su infinita paciencia— que mi proyecto preliminar arribó a buen puerto, convirtiéndose en esta tesis. Por ello, quiero expresarle mi más sincero agradecimiento. Las posibilidades que brinda FLACSO en relación con el acceso a la bibliografía, hizo el resto.

Muy especialmente quiero agradecer a Lucía Pelaya, Bibliotecaria del Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual y a todo su personal, dado que su apoyo fue fundamental para obtener información valiosísima para este trabajo. También quiero agradecer al personal de las siguientes instituciones: Biblioteca Nacional; Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia; Biblioteca del Honorable Congreso de la Nación y Biblioteca del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación.

Finalmente, expreso mi agradecimiento a Martial Gros, documentalista del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de Francia y a la Dra. Verónica Lema de la Universidad de Torino, que me auxilió con las lecturas y traducciones del material escrito en italiano

Guillermo E. Vidaurreta

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	8
-------------------	---

PRIMERA PARTE CIUDADES, CORPORACIONES Y PATENTES

Capítulo I.

EL DEBATE SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS INVENCIONES EN EL MEDIOEVO: EL ORIGEN MEDIEVAL DEL SISTEMA DE PATENTES

1. El mundo medieval frente al comercio y la innovación.....	24
2. La «capacidad de recepción» del Viejo Mundo.....	30
3. El más iusnaturalista de los preceptos en materia de propiedad intelectual: el « <i>scientia donum dei est, unde vendi non potest</i> ».....	33
4. Los muros de las ciudades también cerca al principio « <i>scientia donum dei est, unde vendi non potest</i> ».....	35
5. El resurgimiento de los privilegios exclusivos para industrias.....	37
6. Los privilegios como degradación de la protección al inventor.....	39
7. Ciudades, Corporaciones y patentes.....	40
8. Valoración de las innovaciones y espionaje industrial.....	43

Capítulo II

EL ESTATUTO DE VENECIA DE 1474: LA PRIMERA LEY DE PATENTES DEL MUNDO

1. El Estatuto de Venecia: una ley medieval.....	46
2. Análisis del Estatuto de Venecia.....	49

SEGUNDA PARTE
EL SISTEMA DE PATENTES EN EL
MUNDO PRE - INDUSTRIAL

Capítulo III

EL ESTATUTO DE LOS MONOPOLIOS INGLÉS:

UNA VUELTA AL DERECHO MEDIEVAL

1. Holanda e Inglaterra, dos modelos.....	58
2. Mercantilismo y monopolios.....	60
3. Una ley de patentes en un país de tenderos.....	61
4. El Estatuto de los Monopolios como acuerdo transaccional.....	63
5. Los derechos de los inventores en el Estatuto.....	66
6. La teoría escolástica de los monopolios y el carácter restringente de los privilegios exclusivos en la Inglaterra del siglo XVII.....	68
7. El Estatuto de los Monopolios, la «Revolución Científica» y la Revolución Industrial.....	72

Capitulo IV

EEUU: LOS PADRES DE LA CONSTITUCION

SIGUEN A INGLATERRA

1. Inglaterra despeg.....	75
2. El Artículo I. 8 (8) de la Constitución de los EEUU: Antecedentes, fuentes y fundamentos.....	77
3. La continuidad medieval del sistema de patentes de EEUU.....	82
4. La supuesta dicotomía entre «privilegios exclusivos» vs. «patentes».....	85
5. El derecho «a» la patente.....	86

Capítulo V

FRANCIA: LA DUDA REVOLUCIONARIA

1. El debate sobre los derechos intelectuales en el <i>Ancien Régime</i>	90
2. Revolución, liberalismo y derogación de los derechos de patentes.....	97
3. La contramarcha revolucionaria	99
4. La ley de patentes de 1791	103

5. Sistema de patentes y sistema de privilegios en Francia	105
--	-----

TERCERA PARTE
EL SISTEMA DE PATENTES Y
LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL:
LIBERALISMO, COLONIALISMO E IMPERIALISMO

Capítulo VI

LA OPOSICIÓN LIBERAL A LAS PATENTES

1. El sistema de patentes resiste el embate liberal.....	109
2. La difusión del sistema de patentes.....	116
EPÍLOGO.....	123
BIBLIOGRAFÍA.....	135

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objetivo mostrar que los sistemas de patentes surgieron en los países industrializados como resultado de políticas públicas que atendía a consideraciones de tipo utilitarista y no como resultado de una «lucha» por el reconocimiento del derecho de los inventores. En efecto, cuando las normas de patentes fueron instauradas, no lo fueron en consideración de fines ecuménicos, sino que respondieron a aspiraciones vinculadas al interés de los empresarios y/o el deseo de predominio económico de las naciones en las que fueron dictadas. En consecuencia, no sería posible postular que el sistema de patentes haya surgido para el progreso de la ciencia y la tecnología en beneficio de la humanidad, considerando a la protección de los inventores como un derecho de tipo universal.

La relevancia de este estudio es su aporte al debate actual en torno a la naturaleza jurídica y fundamentos del derecho de patentes en un momento en que se asiste a una enorme expansión de los derechos de propiedad intelectual¹. Este ensanchamiento de los derechos intelectuales ya era claramente perceptible en el último tercio del siglo XIX, aunque adquirió un empuje extraordinario a partir de la octava década del siglo XX, cuando los países desarrollados bregaron con éxito por incorporar las discusiones relativas a la propiedad intelectual al GATT², dando lugar al tratado multilateral más ambicioso en la materia firmado hasta el momento: el Acuerdo relativo a los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)³.

¹William FISHER «The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States», *Eigentumskulturen im Vergleich*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1999 [en línea] pp. 1 y pássim. Dirección URL: <http://cyber.law.harvard.edu/property99/history.html###> [Consulta: 18 de agosto de 2010].

² Acrónimo de *General Agreement on Trade and Tariffs* (Acuerdo General de Comercio y Tarifas).

³ El ADPIC también es conocido por su acrónimo en inglés «TRIPs» (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) Este Acuerdo fue adoptado en 1994 como uno de los resultados de la Ronda de Uruguay del GATT, que dio lugar al nacimiento de la Organización Mundial de Comercio (OMC) como organismo sucesor del GATT. Todos los países que deseaban ser miembros de la OMC debieron suscribir el ADPIC sin reservas.

Josh Lerner en un interesante trabajo muestra la expansión internacional de los sistemas de patentes a partir de la segunda etapa de la Revolución Industrial. Lerner estudió el sistema de patentes de sesenta países desde 1850 hasta 1999, año por año⁴. Algunos de los datos obtenidos pueden verse en el siguiente cuadro:

Año	Existencia de patentes	Plazo de protección	Patentes extranjeras
1850	58,6	13,4	1.1
1875	64.5	12.6	1.0
1900	77.4	16.3	0.5
1925	84.6	17.6	0.3
1950	91.8	16.9	0.3
1975	89.8	16.4	0.3
1999	98.3	18.6	0.1

Fuente: LERNER, J., op.cít., p. 222.

En la primera columna Lerner incluyó, para cada período, la existencia y tipo de sistema de patentes. Si alguno de los países no tenía sistema de patentes, le adjudicó 0. Para el caso de los países que no tenían sistema de patentes independiente pero respetaban las patentes extranjeras, les adjudicó un 1. Y finalmente les adjudicó un 2 a los países que tenían un sistema de patentes independiente⁵. Como se observa muy claramente, desde el año 1850, cuando comenzó la segunda etapa de la Revolución Industrial, el sistema de patentes se extiende hasta llegar al máximo valor en 1999, cuatro años después de firmado el ADPIC.

La segunda columna muestra el promedio del plazo de protección de las patentes en cada etapa verificada. A los países que no tenían protección por patentes, le adjudicó un 0 y a los que establecían un plazo de protección, el

⁴Josh LERNER «150 Years of Patent Protection» *The American Economic Review*, Vol. 92, N° 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fourteenth Annual Meeting of the American Economic Association (Mayo, 2002), pp. 221- 225.

⁵ Loc. cit.

término mayor dado en cada Estado. Este indicador muestra cómo la protección fue fortaleciéndose año por año⁶.

Finalmente, la tercera columna muestra para cada lapso si la legislación de cada país establece algún tipo de restricción para las patentes extranjeras. Como se distingue de esta información, aunque a partir de 1850 las naciones generalmente ya reconocían las patentes extranjeras, la discriminación que se observa es muy alta hasta los postreros años del siglo XIX⁷.

El proceso de expansión de los derechos intelectuales se incrementó notablemente a partir de la década de 1980 y se explica, porque los cambios tecnológicos favorecieron transformaciones en la estructura de producción, creando nuevos paradigmas. El comercio de servicios y bienes intensivos en capital, la fragmentación de los procesos productivos y los avances en los transportes y las comunicaciones, facilitaron la localización de las empresas en distintos lugares del mundo. Estas empresas comenzaron a tomar en consideración cada uno de los componentes de su estructura de costos al decidir dónde y cómo elaborar y distribuir su producción, lo que contribuyó a la internacionalización de las relaciones económicas, pero a su vez, redujo la capacidad reguladora de los gobiernos, estableciendo una relación más estrecha entre empresas y gobiernos.⁸ Las empresas necesitan ahora nuevas reglas internacionales para garantizar su actividad.⁹ Entre ellas, la regulación internacional de los derechos de propiedad intelectual.

La expansión de los derechos de propiedad intelectual ha generado la reacción internacional de un sin número de ONGs¹⁰, personalidades del mundo

⁶ Loc. cit.

⁷ Loc. cit.

⁸ Susan STRANGE «States, firms and diplomacy» *Intenational Affairs*, vol. 68, enero de 1992, pp. 2 y ss.; Robert GILPIN *Global Political Economy. Understanding the International Economic Order*. Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2001, pp. 5 y ss.

⁹ Craig N. MURPHY. *Internacional Organization and Industrial Change. Global Governance Since 1850*. Cambrigde, Polity Press, 1994, p. 46.

¹⁰ Ver a modo de ejemplo: Pascale BOULET; Christopher GARRISON y Ellen 't HOEN *Patentes de medicamentos en el punto de mira. Compartiendo conocimientos prácticos sobre las patentes farmacéuticas*, Ginebra, Médicos Sin Fronteras (MSF), 2003 [en línea]. Dirección URL: <http://www.femeba.org.ar/fundacion/quienessomos/Novedades/patentesinformemsf.pdf> [Consulta: 30 de setiembre de 2006].

académico¹¹ y distintos actores de la sociedad civil, como asimismo de los países subdesarrollados¹², todos ellos preocupados por el impacto que genera el aumento de la protección en el diseño de políticas públicas. Por ejemplo, el Premio Nobel de Economía (2001), Joseph E. Stiglitz, señaló:

Las patentes otorgan a los inventores el monopolio de los derechos sobre sus invenciones. Supuestamente, los precios elevados espolean la innovación [...] pero el acuerdo sobre los ADPIC estaba diseñado para garantizar que los medicamentos mantengan un precio elevado. Por desgracia, con los precios actuales, los medicamentos son inaccesibles para todos salvo para los más ricos. Cuando suscribieron el acuerdo sobre los ADPIC, los ministros de Comercio se mostraron tan complacidos por haber llegado a un acuerdo que no se percataron de que habían firmado la sentencia de muerte de miles de personas de los países más pobres del mundo.

Para los críticos de la globalización, la lucha de la propiedad intelectual es una lucha por valores. El acuerdo sobre los ADPIC refleja el triunfo de los intereses empresariales en Estados Unidos y en Europa sobre los intereses más amplios de miles de millones de personas en el mundo en vías de desarrollo. Es otro ejemplo en el que se da más importancia a los beneficios que a otros valores básicos como el medio ambiente o incluso la vida. [...] Yo creo que los críticos del acuerdo sobre los ADPIC tienen razón.¹³

Concomitantemente con la expansión de los derechos de propiedad intelectual fueron desarrollándose argumentos respecto a la naturaleza jurídica y fundamentos de los derechos intelectuales que fortalecieran su protección y limitaran la facultad de regulación de los Estados sobre estos derechos. De este modo, fue tomando forma la idea que considera a los derechos intelectuales como un «derecho de propiedad» y aún más un «derecho humano».

¹¹ Por ejemplo el informe de la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual creada por el Gobierno de Gran Bretaña redactado por los expertos de reconocida trayectoria académica en la materia John BARTON, Daniel ALEXANDER, Carlos CORREA, Ramesh MASHELKAR, Gill SAMUELS y Sandy THOMAS. (Ver COMISIÓN SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA, *Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo* [en línea], Londres, septiembre de 2002. Dirección URL: <http://www.iprcommission.org> [consulta: 30 de setiembre de 2006])

¹² Por ejemplo las propuestas presentadas ante la Organización Mundial de la Propiedad (OMPI) por los autodenominados «Países amigos del Desarrollo». Ver Organización Mundial de la Propiedad (OMPI) Documento WO/GA/31/11.

¹³ Joseph E. STIGLITZ *Cómo hacer que funcione la globalización*. Traducción de Amado Diéguez y Paloma Gómez Crespo, primera edición en castellano, Buenos Aires, Taurus, 2006, pp. 145-146.

La teoría de la propiedad particularmente aplicada a las patentes, fue abandonada rápidamente a principio del siglo XIX, por las objeciones jurídicas, económicas y sociales que se le realizaron. Sin embargo, actualmente, la idea que los derechos intelectuales son un derecho de propiedad o un derecho natural se encuentra muy extendida¹⁴.

Años atrás, los jueces y doctrinarios no tenían inconvenientes en utilizar como sinónimos de patente los términos «privilegio», «privilegio exclusivo» o «monopolio». Sin embargo, con el tiempo, estos términos fueron dejados de lado para utilizarse más extendidamente la voz «propiedad intelectual». Como se advertirá, todos estos términos se encuentran cargados de significación. William Fisher investigó —valiéndose de la base de datos Lexis— cuántas veces los tribunales federales de los EEUU utilizaron los términos «propiedad intelectual» durante el siglo XX. El resultado es revelador: durante el siglo XIX se lo utilizó una sola vez y en el siglo XX, hasta el año 1930, jamás se utilizó las palabras propiedad intelectual. Respecto a las décadas siguientes el cuadro siguiente muestra los resultados¹⁵:

Década	Cantidad de veces que los tribunales de EEUU utilizaron los vocablos «propiedad intelectual»
1930	002
1940	006
1950	010
1960	009
1970	041
1980	287
1990	829

Fuente: FISHER, W., op.cít., p. 13.

¹⁴Edith PENROSE. *La economía del sistema internacional de patentes*. Traducción de Clementina Zamora, primera edición en castellano, México – Madrid – Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores S.A., 1974, pp. 23 – 24.

¹⁵ William FISHER «The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States», óp. cit., p. 13 [Ver Nota al pie de página número 105]

Basta comparar este cuadro con el de Lerner —citado más arriba— para advertir que la utilización de los términos «propiedad intelectual» no es neutra sino que acompaña a la expansión y consolidación de los derechos intelectuales.

Según la teoría de la propiedad o del derecho natural, los inventores son dueños de sus inventos y esa propiedad constituye el sólo fundamento de la protección a los inventores. Dado que los inventores tienen un «derecho natural» sobre sus creaciones y por lo tanto preexistente a la norma, la ley sólo viene a reconocer este derecho, no a constituirlo. Dicho en otras palabras: la ley no crea el derecho del inventor ya que éste existía antes de la norma como un derecho inherente a la persona. Como sostiene Penrose, esta teoría utiliza el término derecho dotándolo de un contenido moral, de tal modo que los Estados y los individuos se encuentran «moralmente» obligados a la protección de los inventos. Si ello es así, no puede haber discusión alguna sobre la conveniencia de establecer un sistema internacional de patentes¹⁶. Consecuentemente, los Estados no tienen derecho para negar la protección ni para adecuar el derecho de patentes a sus propios intereses y necesidades. Este argumento sin duda, es funcional al proceso de expansión de los derechos intelectuales.

En contra de los argumentos de la teoría de la propiedad, la visión económica - utilitarista funda el derecho de patentes en la necesidad de maximizar el estado de bienestar mediante un balance entre el poder de los derechos exclusivos para estimular la creación y las invenciones, por un lado y por el otro, la necesidad de que ese poder no coarte al público en general de disfrutar de esas creaciones.

La característica distintiva de la mayoría de los bienes intelectuales es que el disfrute de ellos por una persona no impide el disfrute de los mismos por los demás al mismo tiempo. Adviértase aquí una diferencia fundamental con el derecho de propiedad como «dominio» sobre una «cosa» legado por el derecho romano: mientras el derecho de propiedad es absoluto, exclusivo y perpetuo,

¹⁶ E. PENROSE, *óp. cit.*, p. 24.

convirtiendo a las cosas sobre las que recae, en bienes rivales y excluyentes, los derechos intelectuales recaen sobre bienes no rivales.

Ciertamente, el carácter de bienes no rivales expone al inventor al riesgo de no recuperar el costo de su creación, porque el creador sufriría la competencia de los copistas que podrían vender los productos más baratos al tener que afrontar solamente los costos de producción y distribución. Ello posiblemente desalentare a los creadores a hacer bienes intelectuales socialmente valiosos. Este resultado ineficiente, económicamente hablando, podría evitarse, otorgando derechos exclusivos sobre las creaciones, por un tiempo limitado. Entonces, los inventores estarán habilitados de este modo a aumentar sustancialmente los precios de los productos protegidos y estarán mejor posicionados en el mercado que sus competidores¹⁷.

Desde el punto de vista de la visión utilitarista, la premisa general es la libre utilización de las ideas y la libertad de comercio e industria. No obstante, estas libertades pueden ser limitadas mediante la concesión de derechos exclusivos temporales si ellos sirven para aumentar el bienestar general. Ello resulta así, porque posiblemente los autores e inventores no se sintieren motivados para revelar sus secretos u obras, sin el incentivo que implican los derechos exclusivos. Aquí se devela otra característica importante: la protección concedida mediante patentes es un «medio» para lograr un «fin» —el progreso de las ciencias y las artes— y no un fin en sí mismo, como presupone la teoría del derecho natural. El alcance de los derechos intelectuales, son entonces, el resultado de un balance entre el poder del derecho exclusivo dado al inventor y el derecho de la sociedad a gozar de los productos inventados. Por lo tanto, la protección no está establecida en atención a una consideración particular hacia el creador, ni porque éste tenga un derecho previo, sino por una decisión político-jurídica de coadyuvar al bienestar general y fomentar el progreso científico y tecnológico¹⁸.

¹⁷William FISHER *Theories of Intellectual Property* [en línea], p. 2. Dirección URL: <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf> [Consulta: 30 de setiembre de 2010].

¹⁸W.FISHER, *Theories of Intellectual Property*, óp. cit., pp. 9 y ss; Neil Weinstock NETANEL, *Copyright and a Democratic Civil Society*, Yale Law Journal, vol. 106, año 1996, pp. 19 y ss.

Esta perspectiva tendría la virtud de equilibrar el poder de los derechos exclusivos con otros derechos considerados valiosos para una sociedad. Sin embargo, empíricamente, es de lamentar que los Parlamentos de muchos países, al regular estos derechos no hayan llegado a un balance adecuado, prestando más atención a los intereses del mercado antes que al paradigma de una sociedad culturalmente rica, atractiva, justa, pluralista y democrática, extendiendo la protección de tal forma que limitó el acceso al conocimiento, a la información o a productos fundamentales como las medicinas. Justamente en estos casos es donde debe ponerse en marcha los remedios establecidos dentro del propio sistema — excepciones a la protección, licencias obligatorias, etc.— con el objeto de limitar al mínimo necesario la extensión de los derechos intelectuales¹⁹.

Entonces, la disputa sobre el fundamento de la protección de los inventos se centra en determinar si el derecho de patentes es un «derecho de propiedad natural preexistente» del inventor que los Estados no pueden dejar de reconocer dado que se trataría del acatamiento de derechos de tipo universal como los derechos humanos; o si por el contrario, el plus de protección adicional que otorga el Estado a los inventores, constituye una decisión político - jurídica de tipo instrumental que los Estados pueden establecer mediante la concesión de derechos exclusivos encaminados a cumplimentar fines determinados. La primera postura limita el poder regulador de los Estados hacia un ordenamiento internacional de las patentes, habida cuenta que existiría un imperativo moral para su protección. En el segundo caso los Estados se reservan plenos poderes para adecuar la reglamentación del derecho de patente a sus propias necesidades e intereses, lo que implica el reconocimiento de que no puede establecerse un derecho de patentes desvinculado de una sociología propia.

En torno al debate sobre los fundamentos de la propiedad intelectual, aparece el relato histórico sobre el surgimiento del sistema de patentes, que muchas veces pareciere servir como andamio para la construcción argumental de las distintas posturas. Sin embargo, el estudio de la historia de las patentes no ha

¹⁹ W. FISHER, *Theories of Intellectual Property*, óp.cit., p. 10; N.W. NETANEL., óp.cit., pp. 46 y ss.

generado un torrente de escritos sino al contrario, la literatura es bastante escasa y quizás en esta carencia, se pueda justificar el primer aporte de este trabajo.

En efecto, la literatura suele dividir la historia del derecho de patentes en tres etapas: «la Edad Media»; «la etapa de los privilegios» y « la etapa del surgimiento del “moderno derecho de patentes”» en los albores de la industrialización. Durante la Edad Media se sostiene, no existió interés por la innovación. En consecuencia, no se planteó la posibilidad de reconocer protección a las invenciones. Por otra parte, los gremios eran refractarios al reconocimiento de derechos exclusivos. La segunda etapa estaría signada por los privilegios exclusivos otorgados por los monarcas absolutos. Estos privilegios exclusivos se caracterizarían por ser arbitrarios, ya que el rey no otorgaba la protección por reconocer un derecho a los inventores sino en función de razones de Estado. Asimismo, los privilegios exclusivos se otorgaban no sólo para proteger inventos sino también a los pioneros que incorporaban al reino una nueva manufactura o procedimiento aunque no fueran los inventores. Finalmente, la tercera etapa se destacaría por el surgimiento del «moderno derecho de patentes» surgido con el Estatuto de los Monopolios Inglés de 1623, la Constitución norteamericana de 1787 y la ley francesa de patentes de 1791. Todos estos instrumentos fundadores del nuevo sistema de patentes se caracterizarían por abolir todos los privilegios exclusivos —por ser contrarios a la libertad de comercio e industria— instituyendo el derecho de patentes, no como un nuevo privilegio exclusivo concedido por el Estado por razones económicas o de otra índole, sino por el reconocimiento de un derecho inherente a la persona del inventor. El derecho de patentes surgiría de este modo sobre la abrogación de los privilegios exclusivos, es decir, que el sistema de patentes instituido por aquellos textos legales, implicaría un quiebre con el pasado.

La perspectiva de considerar al Estatuto de los Monopolios inglés como la piedra basal del derecho de patentes lleva a considerar necesariamente, que el nacimiento del «moderno» sistema de patentes se destaca por reconocer la protección al inventor como un «derecho» y no como un «privilegio exclusivo», «monopolio» o «derecho exclusivo» concedido por el Estado discrecionalmente. De tal modo, que los sistemas de patentes no nacieron en Inglaterra, EEUU y

Francia con un fundamento utilitarista, sino antes por el contrario, lo fueron para reconocer un derecho a los inventores sobre sus inventos. Aquí se observa cómo el relato histórico interactúa con los fundamentos del derecho de patentes.

Por otra parte, esta visión deja llano el camino para establecer que las patentes deben ser estudiadas desde Europa, ahistóricamente, como si cada país no pudiera establecer un sistema de protección acorde a sus propios intereses, tal y como hicieron europeos y norteamericanos, descartando desde el vamos todo desarrollo que teniendo en cuenta los intereses nacionales se haya forjado. Así, Tomás Le Bretón, que brilló en el cenit del parnaso de la propiedad industrial de la Argentina desde fines del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX, señaló:

Importante es, a la verdad al par que ameno, el estudio que tiene por objeto examinar nuestra legislación en materia de patentes de invención; lamentamos no tener tiempo disponible y una preparación mayor para abordar tan interesante tema como lo merece. Las patentes de invención deben estudiarse aunque sea someramente en su cuna, en la legislación inglesa, que como todo lo que ese gran país produce, ha sido previsora y sabia al asegurar los derechos de los inventores y de la comunidad, mediante una reglamentación adecuada hecha hace ya largo tiempo²⁰.

El objetivo de esta tesis es presentar críticamente los motivos y fundamentos por los cuales países hoy industrializados como Inglaterra, Francia y EEUU decidieron conceder patentes de invención. Para ello, se han establecido las siguientes hipótesis de trabajo:

- *Hipótesis general:* Los sistemas de patentes surgieron en los países industrializados como respuesta a un fin exclusivamente utilitarista y no por una «lucha» por el reconocimiento del derecho de los inventores. Desde este punto de vista, se sostiene como hipótesis que cuando las normas de patentes fueron instauradas, no lo fueron en consideración de fines ecuménicos, sino antes por el contrario, respondieron a aspiraciones más limitadas, como el interés de los empresarios y el deseo de predominio económico de las naciones

²⁰ Tomás A. LE BRETÓN, *Patentes de Invención*, Buenos Aires, Universidad de la Capital, 1891, p. 11-12

en las que fueron dictadas. En consecuencia, no es posible postular que haya surgido en beneficio de la humanidad.

En particular se trabajará sobre las siguientes hipótesis derivadas:

- Hipótesis 1: Durante la Edad Media hubo un gran interés por las innovaciones y el debate por la protección de las invenciones existió y, de hecho, el sistema de patentes surgió en esta etapa histórica. Las corporaciones no fueron refractarias al reconocimiento de protección para las invenciones. El medieval Estatuto de Venecia de 1474 no sólo fue la primera ley de patentes del mundo sino que comparte todos los rasgos esenciales del actual sistema internacional de patentes. Por lo tanto entre aquel y éste no puede verse sino una continuidad.
- Hipótesis 2: La protección brindada a los inventos por los privilegios exclusivos medievales, el Estatuto de Venecia de 1474, el Estatuto de los Monopolios inglés de 1623, la Constitución de EEUU de 1787 y la ley francesa de patentes de 1791, comparten la misma fundamentación utilitaria. Ninguno de estos textos jurídicos derogó los privilegios exclusivos de industrias ni creó «derechos» a favor de los inventores, porque la protección siguió siendo dada como un *grant*. El fundamento de la protección siguió siendo claramente utilitario y la concesión de las patentes siempre un poder discrecional del Estado.
- Hipótesis 3: La oposición a las patentes por parte de liberales y fisiócratas fue de tal envergadura durante la Revolución Industrial y hasta el último tercio del siglo XIX, que es posible afirmar que el sistema de patentes lejos de «nacer» como un «derecho nuevo» durante la Revolución Industrial, soportó exitosamente sus embates.

- Hipótesis 4: Los países industrializados, como Inglaterra, EEUU y Francia, en su etapa de industrialización tuvieron sistemas de patentes flexibles con el objeto de no limitar su necesidad de incorporación de conocimientos. Sin embargo, cuando sus desarrollos tecnológicos fueron importantes, a partir de la segunda etapa de la Revolución Industrial (1850), bregaron por el desarrollo de un sistema internacional de patentes. Muchos países se negaban a dictar leyes de patentes y de hecho, a una gran cantidad de naciones sus primeras leyes de patentes les fue impuesta por las armas o por la metrópoli a sus colonias, con el claro objetivo de hacer reserva de mercado en la competencia por el mercado internacional.

Queda así delimitado el contenido, propósito e hipótesis de este trabajo. Resta presentar los aspectos metodológicos y la organización de este trabajo.

En primer lugar, el trabajo abarca desde la Edad Media a la primera etapa de la Revolución Industrial, estadio éste último, cuya finalización los historiadores de la economía europea suelen fijar a mediados del siglo XIX. Además, el Medioevo como punto de inicio encuentra sentido para trabajar la hipótesis que señala al sistema de patentes como un instituto nacido en aquél período histórico. El alcance del estudio hasta la primera Revolución Industrial (1850) se explica en que durante este período fueron sancionadas todas las normas que generalmente los autores citan como fundadoras del «moderno» derecho de patentes. Un estudio más allá de este período implicaría abocarse al estudio de la expansión del derecho de patentes, que, aunque importante, excedería en mucho los objetivos del presente trabajo. Por otra parte, el lapso propuesto es el que ha merecido menor atención de los autores, que suelen concentrar su interés a partir del período de consolidación de derecho de patentes.

Un segundo aspecto importante se refiere a que, pese a su título, el presente trabajo no es una monografía histórica ni es su autor historiador ni

busca este trabajo «hacer historia». Antes por el contrario, esta exposición busca servirse y beneficiarse de la labor de historiadores, economistas y expertos diversos, como un método que se considera eficiente para corroborar o rechazar las hipótesis planteadas. Se busca en particular, analizar las leyes de patentes dadas en el período fijado para este trabajo, no sólo a partir de su texto sino en el marco del contexto político, económico y social en las que fueron sancionadas, analizando además, la forma en que las mismas fueron desenvolviéndose en el contexto político-legal general. La metodología planteada es funcional asimismo, al enfoque con la que se encara el objeto de estudio: aunque no pudiese descartarse que las leyes de patentes dadas en los distintos países se hayan influido mutuamente, su dictado obedeció a tensiones sociales, políticas y económicas propias, sin que pueda extraerse necesariamente reglas universales para justificarlas. Este relativismo no impedirá arribar a conclusiones generales sobre el desarrollo y expansión internacional del sistema de patentes, ni encontrar elementos comunes en cada uno de los procesos nacionales. Simplemente se quiere dejar evidencia de que el estudio de cada norma de patentes no puede encararse sin advertir que son consecuencia de un contexto sociológico determinado con fisonomías propias.

Un comentario adicional merece la referencia respecto al aporte de este trabajo. Dejando de lado toda opinión coincidente o divergente con las conclusiones a las que arribará este trabajo, se espera contribuir a la difusión de una perspectiva sobre el sistema de patentes por lo general ignorada, con la esperanzada ilusión de alentar un debate más amplio y superador de las posturas predominantes desde hace ya muchos años.

Antes de finalizar, resulta todavía conveniente realizar una aclaración terminológica respecto al valor del término «medieval» en el presente trabajo. Indudablemente, para los pueblos latinos la caída del Imperio Romano de Occidente fue una calamidad. No es de extrañar entonces, que sea desde las ciudades italianas desde donde partieron las ideas pre renacentistas del *Trecento* o del *Quattrocento* que veían todo lo

relacionado con la Edad Media como sinónimo de oscurantismo.²¹ Hasta el arte medieval fue defenestrado y se lo llamó «Gótico» para destacar sus características de «arte bárbaro»²². En la misma senda, para los ilustrados hombres de la Revolución Francesa, por sus ideas renacentistas y liberales y por haber sido la Edad Media el período histórico en que dio luz al absolutismo monárquico contra el que luchaban, todo lo referido a la Edad Media fue considerado como reacción y oscurantismo²³. La palabra «medieval» adquiere desde entonces y hasta hoy en el uso corriente —muy especialmente en políticos y periodistas— un carácter peyorativo, utilizada comúnmente, como sinónimo de reaccionario o retrógrado con una significación negativa y descalificadora. En modo alguno en este trabajo la palabra «medieval» adquiere esa dimensión y sólo es utilizada para designar personas, hechos o cosas habidos durante la Edad Media, sin ningún otro tipo de connotación despectiva o desfavorable.

Finalmente, resta reseñar cómo se ha organizado este trabajo. El Capítulo I se ocupa del Medioevo con la intención de establecer que hubo un enorme interés por las innovaciones y que asimismo, existió un debate en torno a la protección de las invenciones. De hecho, se propone que el sistema de patentes es un instituto de origen medieval. En el Capítulo II, al estudiar el Estatuto de Venecia se demuestra que esta norma guarda básicamente los mismos caracteres que distingue hoy al derecho de patentes. Los capítulos III, IV y V se encuentran reservados a abordar detalladamente, el Estatuto de los Monopolios inglés de 1623; la Constitución de los EEUU de 1787 y la ley francesa de 1791, respectivamente. A través de estos capítulos se intenta mostrar la perspectiva utilitarista con los que fueron dictados los regímenes de patentes instaurados por aquellas normas; que la protección de los inventos siguió siendo una facultad discrecional del Estado y no el reconocimiento de un derecho de propiedad o un derecho humano y que antes por el

²¹Jacques HERRS *La invención de la Edad Media*. Traducción de Mariona Miralta [del original *Le moyen âge: une imposture*. Librairie Académique Perrin, Paris, 1992], segunda edición en castellano, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 69 y ss

²²Ibídem.

²³Ibídem.

contrario, en su naturaleza jurídica continuó siendo concebido como un privilegio exclusivo. También se acredita que tanto Inglaterra y EEUU como Francia adecuaron sus sistemas de patentes a sus necesidades de incorporación tecnológica en la carrera por la industrialización. El capítulo VI descubre los duros embates que el sistema de patentes recibió en el siglo XIX, relativizando el rol del sistema de patentes durante la Revolución Industrial. Asimismo, revela que una gran cantidad de países de distintos continentes, dictaron su primera ley de patentes por presión de las armas o por imposición de la metrópoli cuando eran colonia. Para culminar, el Epílogo aporta las conclusiones y reflexiones finales. Luego del Epílogo el lector encontrará la bibliografía.

PRIMERA PARTE
CIUDADES, CORPORACIONES Y PATENTES

I

EL DEBATE SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS
INVENCIONES EN EL MEDIOEVO:
EL ORIGEN MEDIEVAL DEL SISTEMA DE PATENTES

1. El mundo medieval frente al comercio y la innovación.

Se suele afirmar que durante la Edad Media la institución del feudalismo; el rechazo de nobles y religiosos al comercio y al crédito, como así también el poder concentrado de los gremios y la falta de libertad impuesta por el uso de mano servil y la esclavitud, impidió todo tipo de actividad mercantil y de producción y que por ende, no existieron incentivos para la innovación, lo que llevó a levantar barreras al reconocimiento del derecho de los inventores. Esta visión es coincidente con aquella corriente histórica que pinta de oscuros colores a la Edad Media y no ve en la economía de esta época sino estancamiento, mientras presenta a la Revolución Industrial como el gran hito de la Civilización²⁴. Los historiadores están contestes en la necesidad de ofrecer una interpretación equilibrada respecto al estudio de la Edad Media, tendiente a resaltar sus logros, «sin ignorar sus males que fueron sus acompañantes inseparables»²⁵.

El estudio de la Edad Media enfrenta dos dificultades, en primer lugar la falta de fuentes generales documentales y en segundo término, la tentación de los teóricos «de mirar el pasado a través de cristales oscuros o rosados»²⁶. Así, el estudio de la Edad Media fue sacudido por apasionadas polémicas, como el debate *Dobb – Sweezy*, sobre la transición del feudalismo al capitalismo y el debate

²⁴ ROLL, Eric *Historia de las doctrinas económicas*. Traducción de Florentino M. Torner, quinta edición en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 37.

²⁵ Loc. cit.

²⁶ *Ibidem.*, p. 36.

Brener sobre el origen agrícola del capitalismo²⁷. No obstante estos debates, que no hace falta decirlo exceden enormemente los modestos límites de este trabajo, es importante señalar que existen ya amplios consensos entre los historiadores, sobre una enorme cantidad de aspectos de la historia de la Edad Media. De este modo, Roll al describir el estado de la historiografía sobre la Edad Media, señala:

...en la actualidad existe un acuerdo casi general [entre los historiadores] sobre un punto: ya no se considera como una laguna en la evolución social los mil años que van desde la caída de Roma hasta la caída de Constantinopla²⁸.

A favor de una visión equilibrada respecto del estudio de la Edad Media, resulta relevante señalar someramente algunos rasgos generales de la Edad Media —que unen a los historiadores por su pacífica aceptación— y que pueden ayudar a su mejor comprensión.

El primer rasgo a destacar, es que durante la Edad Media, la imposición del feudalismo no se extendió en forma homogénea por toda Europa. Por ejemplo, Inglaterra no lo conoció hasta la conquista de Guillermo de Normandía en 1066²⁹. En otras partes de Europa no se adoptó el feudalismo o sólo se lo hizo de una manera imperfecta³⁰; pero en todos los casos, aun donde el sistema feudal imperó, coexistieron con él campesinos, mercaderes y artesanos libres³¹.

Habida cuenta que conforme al derecho germano, la servidumbre no se prejugaba, de modo que sólo podía existir un vasallo si se demostraba la existencia de un Señor, no hubo otra posibilidad que declarar a los comerciantes y artesanos de las ciudades como «hombres libres» y de este modo «la posesión urbana se convierte en una zona libre y rentable»³².

²⁷ Ver la introducción de R.H. HILTON en T.H. ASTHON y C. H. E. PHILPIN (eds.) *El debate Brenner. Estructura de clases agrarias y desarrollo económico en la Europa preindustrial*. Traducción al castellano de Isabel Moll y Paulino Iradiel, primera edición en castellano, Barcelona, Editorial Crítica, 1988, pp. 9.

²⁸ Loc. cit.

²⁹ SLICHER VAN BATH, B.H. *Historia agraria de Europa Occidental / 500 – 1850 /*. Traducción de F. M. Lorda Alaiz, primera edición en castellano, Barcelona, Ediciones Península, 1974, p. 51.

³⁰ Son los casos de Escandinavia, la zona del litoral del Mar del Norte —los territorios frisones—, Irlanda, España, Córcega, Cerdeña, Italia y Europa Oriental (Loc. cit.)

³¹ *Ibíd.*, p. 54.

³² Henri PIRENNE, *Las ciudades de la edad media*. Traducción de Francisco Calvo, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1922, pp. 83, 127.

Los mercaderes y artesanos establecidos en las ciudades fundaron gremios bajo la lógica que la fuerza da la unión y formaron un nuevo mundo, distinto al feudal con reglas y objetivos diferentes. A sus jueces los llamaron «jueces de Paz» en contrapunto del espíritu combatiente de los señores feudales³³.

La población urbana no llega al 10% de la población, pero «sus mercados dan el ritmo: la ciudad es la que presta dinero, constituye el lazo entre el comercio y el capitalismo y la organización administrativa le pertenece»³⁴.

El emperador carolingio Luis «el Piadoso» —sucesor de Carlomagno— en el año 828 dictó un bando para garantizar a los mercaderes: libertad, inmunidad y protección imperial como una forma de estímulo al comercio³⁵. En el Concilio de Anse de 994, la jerarquía eclesiástica insiste en prohibir la práctica del comercio los días domingo, lo que demuestra la habitualidad y el desarrollo de la actividad mercantil, que no se podía detener ni en el «nombre del Señor»³⁶. Y la Magna Carta dada por el Rey Juan de Inglaterra el 15 de junio de 1215, ya resguardaba los derechos de los comerciantes³⁷.

La industria lanera y del lino de Inglaterra, Normandía, Bretaña y de los Países Bajos y del mismo modo los fustanes de Alemania y los lienzos de Suiza, en la Edad Media, fueron casi exclusivamente rural³⁸. Se utilizaba el sistema

³³ Loc. cit.

³⁴ Fernand BRAUDEL, *La identidad de Francia. Los hombres y las cosas*, tomo III. Traducción de Alberto Luis Bixio, primera edición en castellano, Barcelona, Gedisa Editores, 1993, p. 212.

³⁵ Michel ZIMMERMAN, «Occidente en la Edad Media. Economía, sociedad y cultura» en Michel KAPLAN (dir.), Christophe PICARD y Michel ZIMMERMAN *Edad Media siglos IV – X*. Traducción de Fermín Miranda García, primera edición en castellano, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2004, p. 379.

³⁶ F. BRAUDEL, óp. cit., p. 17.

³⁷ La Magna Carta de 1215, señalaba: «**XLVIII**. Todos los comerciantes podrán salir salvos y seguros de Inglaterra y volver a ella, y permanecer allí, y pasar tanto por agua como por tierra a comprar y vender, según las costumbres antiguas y permitidas, sin ningún perjudicial portazgo, excepto en tiempo de guerra, cuando sea de alguna nación que se halle en guerra con Nos» y también «**XLIX**. Y si algunos de estos últimos se hallaren en nuestro país al principio de una guerra, serán embargados, sin hacer daño a sus cuerpos o mercaderías, hasta que sepamos, o sepa nuestra justicia principal, cómo son tratados nuestros comerciantes en la nación que está en guerra con nosotros; y si los nuestros están allí salvos y seguros, los de ella lo estarán del mismo modo entre nosotros». (Textos extraídos de Carlos SANCHEZ VIAMONTE, *Las instituciones políticas de la historia universal*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1969, p. 380)

³⁸ Norman J. G. POUNDS, *Historia económica de la Europa medieval*. Traducción de Joseph M. Portella, tercera edición en castellano, Barcelona, Editorial Crítica, 1987, p. 334.

doméstico – *domestic system, putting-out* o *lag system* – por el cuál el mercader convenía con un gremio rural el adelanto de las materias primas y luego le compraba todo lo producido para a su vez revenderlo. Los miembros del gremio trabajaban a destajo en sus cabañas con una dependencia y subordinación del mercader capitalista absoluta, «lo que constituyó la primera manifestación de algo que se pareciera al capitalismo moderno»³⁹. Ello demuestra nuevamente que el paisaje que exhibe la Edad Media, inclusive en las zonas agrícolas, no sólo es feudalismo y economía natural.

La rigidez de la estática división estamental medieval entre nobles, clérigos y campesinos con la que comúnmente se caracteriza a la Edad Media, fue puesta en duda por nuevas investigaciones que demuestran que la estructuración social medieval fue mucho más compleja y las divisiones sociales más amplias. Solamente en Inglaterra tres fuentes documentales correspondientes a la Baja Edad Media (desde 1279 a fines del siglo XV) mencionan aproximadamente cuarenta títulos u oficios, muchos de los cuales correspondían a hombres libres y ninguna evidencia histórica puede acreditar que ello no haya sido así también en la Alta Edad Media⁴⁰. Como propone Dyer, basta leer los *Cuentos de Canterbury* de Geoffrey Chaucer (1340 – 1400), donde un gran número de personajes no se ajustan al ideal de la división estamental entre clero, nobles y vasallos⁴¹.

Si existieron hombres libres en el medioevo, el argumento que señala que en esta etapa no hubo innovación porque sólo existía mano servil o esclava, solamente podría aplicarse para estos últimos casos, pero no para el de los hombres libres. El argumento que vincula la falta de innovación en el medioevo con el vasallaje y la esclavitud se debilita aún más, si se considera que todo el desarrollo de la Revolución Industrial se hizo con mano esclava: a partir de 1790, las plantaciones de esclavos del sur de EEUU se convirtieron en una economía

³⁹ *Ibidem.*, p. 335.

⁴⁰ Christopher DYER, *Niveles de vida en la Baja Edad Media*. Traducción de Mariona Vilalta, primera edición en castellano, Barcelona, Editorial Crítica, 1991, pp. 25, 32 y ss.

⁴¹ *Ibidem.*, p. 33 – 34.

dependiente de Lancashire de esta manera «el centro de producción más moderna, mantuvo la forma de explotación más antigua»⁴².

El siglo XIII encuentra a la cristiandad con el Papa Inocencio IV, que pertenece a una gran familia de mercaderes genoveses: los Fieschi; y a muchos obispos y sacerdotes los muestra comerciantes o hijos de comerciantes⁴³. Esto evidencia que en la Edad Media no obstante la oposición conceptual de la iglesia a la usura y el rechazo al comercio, en la práctica la relación con los mercaderes era mucho más estrecha que lo expresados por muchos escritos, algunos redactados, como señala Le Goff, «por los retrógrados que existen en todos los tiempos»⁴⁴. Es justamente en esta época —más que en la Alta Edad Media— cuando, como reacción al auge comercial, surgen los movimientos canónicos redentores de la pobreza individual. Esta aspiración a la pobreza, se vio estimulada, al decir de Duby, «por la conmoción de la economía, por la transición de la estabilidad campesina a la movilidad de las fortunas mercantiles, por la nueva importancia conferida al dinero, por la lenta e insidiosa penetración de la idea de lucro»⁴⁵.

En el campo teórico teológico Santo Tomás admite la importancia del comercio, si tiene por objeto sostener el hogar y beneficiar al país⁴⁶. Mientras que Guillaume Durand y Buchard de Estasburgo, declara: «los mercaderes trabajan para beneficios de todos y hacen labor de utilidad pública llevando y trayendo mercancías de las ferias»⁴⁷. Sostiene Le Goff, que esto resulta

...el reconocimiento de la interdependencia de las naciones desde el punto de vista económico, es el descubrimiento de lo que será el principio fundamental del librecambio, del capitalismo liberal. Razón suplementaria para relacionar la revolución comercial del siglo XIII con la del siglo XIX⁴⁸.

⁴²Eric HOBSEBORN, *Industria e Imperio. Una historia económica de Gran Bretaña desde 1750*. Traducción de Gonzalo Pontón Editorial, primera reimpresión para Editorial Planeta Argentina, Buenos Aires, Ariel, S.A. y Editorial Planeta, 1998, p. 57.

⁴³Jaques LE GOFF, *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*. Traducción de Damià Bas [s.e.] Madrid, Alianza Editorial, 2004, p.114.

⁴⁴ Loc. cit.

⁴⁵ George DUBY, *Hombres y estructuras de la Edad Media*. Traducción de Arturo Roberto Firpo, cuarta edición en castellano, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 1993, pp. 120 – 122.

⁴⁶ E. ROLL, óp. cit., p. 41.

⁴⁷ J. LE GOFF, óp. cit., p. 97.

Ahora, «el comercio internacional —concluye Le Goff— es una necesidad querida por Dios»⁴⁹.

Si nobles y clérigos ciertamente tenían una postura conceptual no técnica, en la práctica no estaban dispuestos a rechazar ninguna innovación que les permitiera aumentar sus ingresos o generarle un mayor bienestar o ayudar a aumentar su predominio. De este modo, toda la difusión de las innovaciones en molinos y tahonas —que requerían importantes inversiones— como el desarrollo de la industria de la cerveza y la bélica, como la organización del transporte por medio del sistema de diligencias, fueron en principio, de carácter señorial⁵⁰.

La idea de que en el medioevo no se desarrolló un sistema de patentes porque el lucro privado no era tenido en cuenta como el incentivo principal o por existir un rechazo al comercio, debe ser revisada. Al respecto, Max Weber es terminante cuando afirma «la creencia de que la actual época racionalista y capitalista posee un estímulo lucrativo más fuerte que otras épocas es una idea infantil»⁵¹. Coincidentemente, Pirenne afirma

La búsqueda del interés dirige todas sus acciones [la del mercader medieval] y se puede reconocer en él claramente ese famoso «espíritu capitalista» (*spiritus capitalisticus*), del que se nos quiere hacer creer que solo data del renacimiento⁵².

La Edad Media fue una sociedad agraria, con una economía natural extendida, que, sin embargo, convivió en el tiempo con una economía de cambio. Mas aun, admitiendo que el sistema feudal fue el marco económico preponderante, no fue en modo alguno la estampa que ocupó en forma absoluta el cuadro. No sólo porque existieron hombres libres, sino porque, antes por el contrario, se registró una intensa y constante actividad mercantil que se rigió por normas y valores acordes a la actividad comercial y hasta se podría decir, fueron las que germinaron las condiciones para que Europa pasara de ser una horda de

⁴⁸ Loc. cit.

⁴⁹ Loc. cit.

⁵⁰ Max WEBER, *Historia económica general*. Traducción de Manuel Sánchez Sarto, octava reimpresión en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 150 – 152 y 186.

⁵¹ *Ibidem.*, p.298.

⁵² H. PIRENNE, *Las ciudades de la edad media*, óp.cit., p. 78.

tribus bárbaras en el siglo V, a constituirse en una potencia económica mundial en el siglo XV.

2. La «capacidad de recepción» del Viejo Mundo

En el transcurso de la Edad Media, Europa experimentó un profundo cambio tecnológico con una acentuación cada vez más pronunciada sobre lo mecánico⁵³. Este desarrollo tecnológico se basó en una primera etapa, en la apropiación y perfeccionamiento de inventos extranjeros⁵⁴. A este proceso de apropiación de inventos foráneos que fueron vitales para el desarrollo industrial del Viejo Mundo, algunos autores europeos, con esa distinción y diplomacia en el uso del lenguaje que los caracteriza, lo llaman «capacidad de recepción»⁵⁵.

Huelga señalar que la Europa Medieval no estaba sola en el mundo. Por entonces el mapa mostraba al Viejo Mundo acompañado de otras grandes civilizaciones: la China, el Imperio Bizantino y luego el Islam, que a su vez, se inició en el conocimiento científico de la mano de Bizancio⁵⁶. Estos eran los

⁵³ Carlo M. CIPOLLA *Historia Económica de la Europa Preindustrial*. Traducción de Esther Benítez con la colaboración de M. José Furió, primera edición en castellano, Barcelona, 2003, p. 174.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Va de suyo que si hoy esta «capacidad de recepción» fuera emulada por un país subdesarrollado respecto de un invento europeo, pasaría inmediatamente a la categoría de «robo». Independientemente de ello, el concepto de «absorción», es fundamental en el estudio de la innovación en la actualidad y es definida como la capacidad de identificar, rastrear y, potencialmente aprovechar, el conocimiento desarrollado inicialmente en otra parte, en lo que podría definirse como un «aprendiendo a aprender» a diferencia del «aprender haciendo», que general y equivocadamente, se señala como única actividad de la innovación. Así, Tilton afirma que una de las razones principales por las cuales las empresas invierten en I+D en la industria de los semiconductores es «para facilitar la asimilación de nueva tecnología desarrollada en otra parte» (Ver REDES *La difusión de tecnología*. Traducción de Raquel Albornoz (este documento integra la serie *The Technology/Economy Programme [TEP]* editado oficialmente por la OCDE, París, 1992) vol. III, N° 8, diciembre de 1996, pp. 128 - 129.

⁵⁶ Los mahometanos se iniciaron en el conocimiento científico por medio de Bizancio. Así, señalaba Said al-Andalusí en *El libro de la categoría de las naciones*: «Abd Allah al-Mamún [...] finalizó la obra iniciada por su antepasado al-Mansur. Se ocupó de buscar la ciencia allí donde se encontrase y, gracias a la grandeza de sus ideas y al poder de su inteligencia, la sacó de los escondites donde se ocultaba. Entró en relación con los emperadores de Bizancio, les hizo ricos presentes y les pidió que le donasen libros de filosofía que se encontraban en su posesión. Estos emperadores le enviaron las obras de Platón, Aristóteles, Hipócrates, Galeno, Euclides, Tolomeo... que guardaban. Al-Mamún escogió entonces a traductores eméritos y les encargó traducirlas con el máximo cuidado. Cuando la traducción estuvo finalizada con la máxima perfección posible, el califa empujó a sus súbditos a leerlas y les animó a estudiarlas. En consecuencia, el movimiento científico se firmó bajo el reinado de este príncipe...El imperio abasí, en este momento rivalizó con el de los Romanos en su etapa de esplendor...» (Citado por

«países desarrollados» de la época. Las sociedades europeas eran economías subdesarrolladas que exportaban materias primas al Oriente a cambio de sus preciados productos manufacturados, fruto de su mayor dominio de la ciencia y la técnica. Como ocurre hoy en día, el valor de las materias primas era menor al de los productos manufacturados. En consecuencia, el saldo de la balanza comercial resultaba desfavorable para Europa que veía como sus divisas quedaban en Oriente. Las economías europeas que pretendían desarrollarse al mismo nivel de las orientales no juzgaron necesario proteger los inventos chinos, musulmanes o bizantinos, sino copiárselos, aprovechando las «ventajas del atraso». Al respecto Schultz señala:

Del vecino espacio árabe – islámico, tomaron los europeos los números indios, con el cero, imprescindibles para la banca y el comercio y supieron de la avanzada herencia antigua en química y medicina y se nutrieron de importantes aportes en el arte de la herrería, de la fabricación de vidrio y de la construcción de barcos; China conoció antes que Europa la brújula; así, durante la Edad Media, la ventaja tecnológica de Asia sobre Europa era evidente y sólo a partir del siglo XV, cuando Europa se apropió de todos estos inventos y los comenzó a desarrollar de manera más eficiente, la ecuación cambió⁵⁷.

Las innovaciones no sólo se dieron en el sector agrícola, sino también en el ámbito de la manufactura y el comercio⁵⁸. Más aún, en el particular caso de la

Christophe PICARD «El imperio abasí. Sociedad y Cultura» en Michel KAPLAN (Dir.); Christophe PICARD y Michel ZIMMERMANN, óp. cit., p. 327.)

⁵⁷ Helga SCHULTZ, *Historia económica de Europa, 1500 – 1800. Artesanos, mercaderes y banqueros*. Traducción de José Antonio Padilla Villate, primera edición en castellano, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 2001, pp. 9 - 10.

⁵⁸ Durante el siglo VI se difundió el molino de agua, que los romanos ya conocían. La difusión de este invento fue de origen señorial: los señores feudales y clérigos obligaban a sus vasallos a moler el grano en sus molinos, prohibiéndoles que lo hagan en sus casas, es decir se reservaban el monopolio de la molienda, que aumentaba sus ganancias; como el negocio les era rentable, los molinos fueron apareciendo en todos los feudos a partir del siglo VI y VII. En los siglos VI y VII se generalizó en Europa del norte el arado pesado, aparentemente de origen eslavo. Este arado con ruedas y tirado por ocho bueyes, removía la tierra con tanta fuerza que no hacía necesario arar en cruz —como sí había que hacerlo con el arado liviano— lo que ahorraba mucho tiempo; el arado pesado era en esencia una máquina agrícola que reemplazaba energía y tiempo humanos por energía animal. El arado pesado permitió el cultivo de las zonas arcillosas del norte y las boscosas del este, lo que posibilitó la extensión de la roturación a áreas incultas, incrementando la producción agrícola. Otra innovación que hizo que aumente drásticamente la producción, fue la adopción a partir del siglo VIII, del sistema de cultivo de rotación trienal que permitió un aumento de la producción agrícola de más del 50%, con menos trabajo. Durante el Imperio Romano no se conoció nada semejante. En el siglo IX se extendió el uso de la herradura, que los celtas ya conocían antes de la invasión romana y que permitió que los bueyes se sustituyeron por los caballos de tiro y luego se incorporó la herradura con clavos. En la Abadía de Ramsey, en

agricultura, durante toda la edad moderna y hasta bien entrado el siglo XIX no existirán más innovaciones que las dadas en la edad media. Carus – Wilson no duda en señalar que en el siglo XIII se presenció una verdadera «revolución industrial» gracias a descubrimientos científicos y cambios tecnológicos de suma

Inglaterra, el número de bueyes se redujo a la mitad y el de caballos de tiro se cuadruplicó entre 1125 y 1160. Walter de Henley en su tratado de labranza práctica del siglo XIII, escribía: «El caballo cuesta más que el buey, pero resulta más rendidor». La sustitución del buey por el caballo, fue posible gracias a la difusión del collar de tiro, invento chino. Como suele pasar hoy en día, el caballo llegó a la agricultura de la mano de la tecnología bélica, gracias a la adaptación de un invento asiático: el estribo. El estribo permitió incorporar la caballería al ejército con eficacia y no será reemplazado en esta tarea sino después de más de mil años, cuando el motor a explosión y más tarde el diesel pudo ser adaptado a fines bélicos. La demanda para uso bélico del caballo, alentó su cría, como asimismo, la importación de caballos árabes y así, su utilización se extendió a otras áreas de la economía, como a la agricultura en sustitución del buey. También las importantes modificaciones realizadas al arado con hierro, provienen del mayor desarrollo y explotación de este material en las armas, armaduras y demás vituallas bélicas. La aplicación del hierro a partes del arado, mejorando su rendimiento, no sólo significó la utilización de formas de capital más costosas, pero más eficientes —aumentando el capital fijo— sino la necesidad de contar con técnicos adecuados para las nuevas tecnologías, como la difusión de la actividad del herrero. La utilización generalizada del molino hidráulico, fue una de las principales razones por la cual se desarrolló la manufactura durante la Edad Media: no sólo se utilizaba para moler trigo, sino también a partir del siglo IX fue utilizado paulatinamente para abatanar paños, exprimir pigmentos, activar los fuelles de las refinerías de hierro y más tarde, en los altos hornos de reciente invención. Luego apareció el molino de viento, una versión no confirmada asegura que lo trajo un cruzado de oriente. La extensión del uso del molino a otras actividades, generó una gran cantidad de innovaciones en sectores no agrícolas, así, el telar vertical que apareció en Flandes a mediados del siglo XI y la rueda de hilar (devanadera), invento Chino. Entre el siglo XII y XIII la irrupción de la navegación instrumental o matemática, revolucionó el comercio internacional. Gracias a estos avances, los barcos ya en el siglo XIII pudieron navegar el Mediterráneo también en invierno y se advertirá que estas son innovaciones con base en el conocimiento científico. Más tarde, en el siglo XV, se desarrolló el barco a vela oceánico, que es una mixtura entre lo mejor de las embarcaciones mediterráneas y las nórdicas. Todas estas innovaciones dieron un incremento del arqueo medio de los barcos, una mayor rapidez de los transportes y una disminución de los costos relativos. A principio de del siglo XIV aparecieron los primeros relojes —la primera máquina de precisión producida por Occidente— y las primeras armas de fuego gracias a otro invento chino, la pólvora. Y al mismo tiempo, aparecen las esclusas para canales. El papel fue inventado en China y se difundió por el Islam en el siglo VIII, pero los europeos no conocieron esta técnica hasta el siglo XIII, pero mientras en el Oriente la fabricación era manual, los europeos incorporaron en el proceso de elaboración, el molino de agua. La Biblia fue el primer libro impreso en la imprenta de caracteres móviles, uno de los inventos más fabulosos de la humanidad, que aparentemente los chinos ya conocían. Fue en las ciudades medievales donde se desarrollaron gran parte de los institutos que formarán las bases del derecho comercial: letra de cambio, pagaré, seguros, sociedades. Un derecho absolutamente original, como innovador en la administración y contabilidad de los negocios: Luca Pacioli teorizó en 1494 el sistema de doble contabilidad, pero no la inventó, los comerciantes italianos ya la usaban en el siglo XIII, luego de tomarlo de los árabes: el uso de la partida doble ya era conocido por los árabes y se difundió en Europa a partir del año 1202, cuando la introdujo a la ciudad de Pisa un comerciante llamado Leonardo Finobacci, al principio las autoridades se opusieron a su uso, pero finalmente lo terminaron aceptando, no sólo el sistema de partida doble, sino también los números arábigos. La adopción del sistema de doble contabilidad, única manera de determinar la rentabilidad, racionalizó el comercio en una orientación cada vez más capitalista. (Ver Carlo M. CIPOLLA, *óp.cit*, pp. 173 y ss; Lynn WHITE *Tecnología medieval y cambio social*. Traducción de Ernesto Córdoba Palacios, primera edición en castellano, Barcelona, Ediciones Paidós, 1990, pp. 55 y ss.; Vera ZAMAGNI *Historia económica de la Europa contemporánea. De la revolución industrial a la integración europea*. Traducción al castellano de Jordi Pascual, primera edición en castellano, Barcelona, Editorial Crítica, 2001, p. 18.)

importancia⁵⁹. Estos adelantos permitieron, por ejemplo, una producción agrícola en el siglo XII de enorme volumen. La bibliografía europea está abarrotada de relatos sobre las innovaciones medievales y hablan del «milagro de Europa⁶⁰» y de «revolución tecnológica en la Edad Media⁶¹», con natural orgullo.

Mientras que en una primera etapa los europeos se apropiaron de los resultados del genio inventivo foráneo, a partir del siglo XI tomaron vuelo propio, desarrollando una originalidad inventiva que no tendrá parangón hasta la Revolución Industrial. Ante todos estos inventos, fray Giordano de Pisa pudo decir en un sermón del año 1306 «cada día se descubre un nuevo arte»⁶². Afirma Cipolla que «todas estas innovaciones fueron producto de la curiosidad experimental y de la imaginación europea»⁶³. Además de su «capacidad de recepción» cabría agregar.

La necesidad vital de Europa de receptar conocimiento y tecnología foránea, obviamente no los empujó a desarrollar normas de propiedad intelectual que limitaran esta necesidad de incorporación.

3. El más iusnaturalista de los preceptos en materia de propiedad intelectual: el «*scientia donum dei est, unde vendi non potest*»

Los expertos en propiedad intelectual, suele reservar los términos «doctrinas *iusnaturalistas*» para aquellas que pregonan que el derecho del inventor es un derecho de propiedad o un derecho natural del inventor previo a la norma. Dicho en otras palabras, señalan con aquellos términos a las doctrinas más protectoras de los derechos intelectuales. Sin embargo, puede señalarse que originariamente la doctrina *iusnaturalista* negó protección a los inventos.

⁵⁹ E.M CARUS-WILSON «An Industrial Revolution of the Thirteenth Century» *The Economic History Review*, Vol. 11, No. 1 (1941), Blackwell Publishing on behalf of the Economic History Society, p. 39.

⁶⁰ H. SCHULTZ, op. cit., p. 9.

⁶¹ C.M. Cipolla, op. cit., p. 177; E.M CARUS-WILSON con el título de su artículo lo dice todo: «An Industrial Revolution of the Thirteenth Century» (Ver E.M CARUS-WILSON op.cít.)

⁶² C. M. Cipolla, óp. cit., pp. 179-180.

⁶³ *Ibidem.*, p. 184.

Un aforismo medieval señala *scientia donum dei est, unde vendi non potest* (el conocimiento es un don de Dios, razón por la cual no puede venderse) este apotegma viene a resumir la postura reinante en la Alta Edad Media en materia de propiedad intelectual⁶⁴. De ahí que, como muy exactamente señala Burke «la acción de compilar y copiar se convirtió en una actividad respetable, lo que indica la dilución del sentido de la propiedad intelectual»⁶⁵.

En el *Sachsenspiegel*, célebre código del derecho Sajón, escrito en el siglo XIII por Elke von Reggow, todavía se señala que lo recibido graciosamente por Dios ha de ser común a todo el mundo, lo que implica que es un deber para el que ha recibido de Dios un conocimiento hacerlo público y que el conocimiento y la obra en que se comunica son un bien perteneciente a la comunidad entera⁶⁶.

Evidentemente, la razón de esta doctrina, no es una estimación desfavorable de las innovaciones o de las creaciones sino una premisa técnica, convertida en precepto legal, que hacía a todas las innovaciones propiedad común de la sociedad en virtud de su origen divino. Pero es al mismo tiempo, complementaria a una política que pretendía coadyuvar a la necesidad de incorporación tecnológica que la economía medieval europea requería. Premisa teórica que cambiará cuando los intereses así lo requieran.

En el Medioevo existió entonces un gran interés por las innovaciones tanto más cuanto que se encuentra una clara vocación por «receptar» innovaciones de países científica, tecnológica, económica y culturalmente más desarrollados. Como la imitación parece ser inherente a la naturaleza humana como medio de acceso al conocimiento e inherente al espíritu competitivo, los mercaderes y comerciantes europeos miraron a las culturas superiores de Oriente. Con el aumento de los intercambios en el mercado internacional y el desarrollo de la navegación pudieron ver lo rezagados que estaban (efecto demostración), se apropiaron de la tecnología de las culturas más avanzadas y luego despegaron

⁶⁴Peter BURKE *Historia social del conocimiento. De Gutenberg a Diderot*. Traducción de Isidro Arias [s.e.], Barcelona/Buenos Aires/México, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2002, pp. 193 - 194.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Hermenegildo BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1978, p. 134.

(take off) mediante el desarrollo de determinados sectores (leading sectors) como el textil. La apropiación de esa tecnología, sin tener que desarrollarla, les permitió dar un salto (ventajas del atraso) que le permitió con el tiempo engancharse o superar a las economías líderes de Oriente (catching up).

Este proceso apenas es posible que no influyere con el principio regulador de la propiedad intelectual en la Alta Edad Media, el cual otorgaba carácter divino a las creaciones y en consecuencia las declaraba inapropiables e inalienables.

La problemática de la protección de las innovaciones se planteó en la Europa medieval y simplemente se resolvió en un primer momento por no protegerlas.

4. Los muros de las ciudades también cerca al principio «*scientia donum dei est, unde vendi non potest*»

El argumento legal según el cuál lo que es de Dios no puede venderse, fue puesto en duda a partir del siglo XIII⁶⁷, que no por casualidad es el que coincide con la explosión económica de Europa y cuando un mayor individualismo era observable conjuntamente con el auge económico.

La competencia y el recelo entre las distintas ciudades europeas crecían a medida que sus progresos aumentaban. Al respecto, Pirenne señala:

Cada una hace todo lo posible por favorecer su comercio y su industria y por eliminar de ella a las otras ciudades [...] en el seno de sus murallas cada una no acoge sino a sus burgueses; el extranjero no puede comerciar allí más que por medio de sus agentes y siempre puede ser expulsado⁶⁸.

En virtud de esta competencia comercial, los gobiernos de aquellas ciudades gobernadas por las corporaciones o en las que éstas estaban fuertemente

⁶⁷ Peter BURKE, *Historia social...*, óp.cit., p. 194

afirmadas, fueron muy activos en el mercado internacional de los conocimientos técnicos y estaban siempre dispuestos a apropiarse de cualquier saber que fuera capaz de poner en marcha manufacturas innovadoras⁶⁹. Todo el comercio y la industria dependían de lo que se ha llamado «la búsqueda de la información que a uno mismo le falta y la protección de la información que uno posee»⁷⁰. Esta valoración reposaba principalmente en dos razones: el interés de las ciudades por la superioridad política y económica —y más tarde de las naciones— y el interés de los empresarios.

Las ciudades medievales tenían una clara idea de los beneficios económicos que los nuevos productos y procesos le pudieran redituarse a su economía, o dicho en otras palabras, poseían una elevada conciencia del carácter competitivo del prototipo y de la importancia de un invento —ya producto, ya proceso— ingresado exitosamente al mercado (innovación). Por ello, así como las ciudades levantaron murallas para defender la *pax ville*, protegió asimismo, todo tipo de innovaciones por miedo a perder mercados y competitividad, como una extensión intangible de esos muros.

Tal como afirma Pirenne

... el espíritu cívico que animaba a las ciudades, no era de carácter ecuménico, sino singularmente egoísta, al pretender reserva para sí exclusivamente las libertades, el progreso y el bienestar que gozaban dentro de sus muros⁷¹.

Visto desde la óptica de la participación en el mercado internacional, de modo alguno se trataba de un espíritu necio. La disputa de las ciudades se centraba en lograr la mayor tajada posible del mercado internacional, lo que llevó a una competencia feroz, que derivó en espionaje industrial. Sin duda, la

⁶⁸ Henri PIRENNE *Historia de Europa. Desde las invasiones hasta el siglo XVI*. Traducción de Juan José Domenchina], décima edición en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 2004 pp. 162-163.

⁶⁹ M. BELFANTI, «Corporación e patenti: le due facce del progresso tecnico in un'Economía Preindustriale (Italia settentrionale, secoli XVI – XVII)». Coloquio Internacional *Pratiques historiques de l'innovation*, París, 20 – 22 de marzo de 2000, p. 3.

⁷⁰ P. BURKE, *Historia social...*, óp.cit., p. 20.

⁷¹ Henri PIRENNE, *Las ciudades de la edad media*. Traducción de Francisco Calvo [s.e.], Buenos Aires, Alianza Editorial S.A., 1992, p.137.

expectativa de la expansión en el mercado mundial marcó un mayor interés por la innovación y también por la protección de los nuevos desarrollos tecnológicos.

5. El resurgimiento de los privilegios exclusivos para industrias.

En medio de la disputa comercial que mantenían las ciudades, el hombre medieval cuestionó el *scientia donun dei est, unde vendi non potest*, el más *iusnaturalista* y universal de los preceptos en materia de propiedad intelectual, porque ya no era funcional a los intereses de las ciudades ni de sus mercaderes. Ahora, conjuntamente con el desarrollo del comercio internacional, resultaba necesario que las innovaciones sean reservadas para el exclusivo beneficio de sus ciudades.

Tal vez por esta razón, cuando Europa vivía una explosión económica y el predominio en el mercado mundial se dirimía no pocas veces con el uso de la fuerza o la amenaza de su empleo, surgió el sistema de los privilegios exclusivos.

Max Weber informa que los privilegios exclusivos ya habían sido ampliamente utilizados en Roma para costear las necesidades financieras del Emperador⁷², afirmación que más tarde será confirmada por Raymond de Roover⁷³. Revelación que lleva a reconocer el origen romano de los privilegios exclusivos, tanto más cuanto que, las instituciones de derecho que se observan florecer en esta época, provienen generalmente de las más desarrolladas ciudades italianas y como mínimo, comulgan con la lógica jurídica del derecho romano. Posiblemente el hombre medieval no haya sido nada original y no hiciera otra cosa, que tomar un instituto ampliamente difundido en la antigüedad.

Los privilegios exclusivos que comienzan a conceder las ciudades medievales consistían en otorgar al inventor de un nuevo producto o proceso de fabricación o al introductor de un desconocido producto o proceso de fabricación, aunque no sea su inventor, la exclusiva de fabricación y comercialización por un tiempo limitado. Por ejemplo, en el siglo XII se concedió en Burdeos un

⁷² Max WEBER, óp.cit., p. 180.

⁷³ Ver Cap. III, acápite 6.

privilegio exclusivo para fabricar telas conforme a un determinado procedimiento⁷⁴.

La protección dada por los privilegios exclusivos, encuentra su justificación en razones meramente económicas y se otorgan para fomentar la innovación local, atraer innovadores foráneos para que revelen a la ciudad sus inventos y del mismo modo, para alentar la apropiación de los inventos extranjeros. La universalidad del principio *scientia donum dei est, unde vendi non potes* cede ante el concepto de «ciudad», ahora convertida en la «patria», y que el sistema de asociación juramentada con el que se estructuró la organización institucional de las ciudades obliga a defender como un valor supremo.

Hacia el siglo XII el desarrollo del comercio internacional se intensificó conjuntamente con la competencia entre las ciudades por el predominio económico. La *pax ville* —al igual que la *pax romanorum*— no era un modelo de civilización ecuménico que pusiera su bienestar y sus progresos tecnológicos y científicos al servicio de la humanidad. La competencia entre las ciudades las llevó a tomar drásticas medidas para fomentar la innovación local, resguardar los conocimientos tecnológicos —evitando la transferencia de tecnología— captar a innovadores foráneos y apropiarse de los inventos foráneos. En este contexto florece el sistema de privilegios exclusivos que resultó funcional a estos intereses.

Con el mercado interno asegurado y con excedente de producción disponible, facilitado por el cambio de stock de conocimientos y el «aprender haciendo» que permitió la «recepción» de las innovaciones orientales, los empresarios europeos buscaron mejorar su producción técnica y desarrollar nuevos productos para la búsqueda de oportunidades que le ofrecía el mercado internacional y ello permitió no sólo el aumento de la producción, sino también de la especialización. Cuando ello ocurrió, la competencia en el mercado internacional elevó a primer nivel la competencia por la tecnología y concomitantemente, el interés por su protección. Las ciudades medievales dirigidas ya por los más ricos mercaderes de su tiempo, hicieron de la cuestión

⁷⁴ Guillermo CABANELLAS, *Derecho de Patentes de Invención*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2001, p. 158.

una causa nacional y dictaron todo tipo de medidas para proteger la tecnología, entre ellas, las destinadas a proteger a los inventos.

Finalmente, resulta posible concluir que durante la Edad Media la determinación de proteger o no proteger las innovaciones reposó sobre un juicio interesado respecto de la marcha económica de las ciudades y su situación respecto al resto de los competidores mundiales. Parece entonces factible afirmar que la expansión del comercio internacional fue la vara que midió el interés por las innovaciones, antes que cualquier reconocimiento de un derecho al inventor sobre la protección de su invento.

6. Los privilegios como degradación de la protección al inventor

En el camino que une el paradigma de prohibición a apropiarse de los frutos del conocimiento en la Alta Edad Media con la protección de las innovaciones mediante privilegios exclusivos en la Baja Edad Media, existió una etapa intermedia en la que, si bien se reconocía al inventor o al autor la posibilidad de recibir una retribución por su invento u obra, no se admitía otorgar exclusivas⁷⁵.

Así, Silberstein señala que el monopolio no es la forma genuina y primigenia de la protección al inventor, sino una especie de degradación de la protección primitiva que arranca en el Medioevo y que consistía en premios, honores, rentas y hasta la imposición a terceros a pagarle al inventor un canon para el uso del invento, pero sin que ello implique exclusividad para el inventor, es decir, éste no podía negarse a que otros lo usen⁷⁶. Silberstein trata de demostrar en particular, que la exclusiva de fabricación y comercialización del invento — que caracteriza la protección del derecho de patentes — es una degeneración de la protección originaria, debida a la importancia que el monopolio llega a adquirir en la política económica del Estado y en la práctica real de otorgar privilegios exclusivos y favores a los pioneros que instalaban nuevas industrias,

⁷⁵ Marcel SILBERSTEIN *Erfindungsschutz und merkantilistische Gewerbeprivilegien* [s.e.] Zurich, 1961, pp. 47-49 (Citado por H. BAYLOS CORROZA, óp.cit., pp. 160-161)

⁷⁶ Loc. cit.

principalmente en el campo de la minería⁷⁷. «Cuando ello ocurrió —señala Silberstein— los inventores ya no se contentaron con honores, premios y con la fórmula de la no imitación⁷⁸ y no quisieron otra recompensas que los privilegios exclusivos»⁷⁹.

Sea como fuere, es enteramente cierto que a lo largo de la vida del sistema de patentes los premios se presentaron como una alternativa considerada menos nociva para la economía y el público que las exclusivas dadas por un monopolio. Por ejemplo, en 1543 en Amiens, el Concejo Municipal acordó pagar a un inventor de un más eficiente horno para teñidos una suma determinada de dinero —en vez de concederle un privilegio exclusivo— siempre y cuando probara que efectivamente podría ser útil⁸⁰. Y más adelante se verá que en plena Revolución Industrial el Parlamento británico otorgará premios a los inventores con tal que no soliciten patentes⁸¹ y que el primer borrador de la cláusula consagratória de los derechos intelectuales de la Constitución de los EEUU de 1787, también contemplará esta posibilidad⁸², que por esa época, será abrazada como alternativa de fomento a la invención por todos los liberales y fisiócratas que veían a las patente como monopolios inadmisibles para sus ideas libertarias.

7. Ciudades, corporaciones y patentes.

Las corporaciones no fueron refractarias a las innovaciones. Los gremios no se opusieron a la adopción del molino para la producción de manufacturas, la devanadera, los nuevos telares, los altos hornos, etc., ya que es un hecho que estas innovaciones fueron incorporadas a la producción. Por el contrario, los nuevos

⁷⁷ Loc. cit.

⁷⁸ La diferencia entre la cláusula de no imitación y la exclusiva de fabricación y comercialización es la siguiente: bajo la primera el inventor tiene derecho a percibir un pago por cada uso que se haga de su invento, pero no puede impedir que otros usen el invento. Por el contrario, las exclusivas de fabricación y comercialización otorgan a su titular el “derecho a impedir” – derecho de carácter negativo – que cualquier otro fabrique o comercialice su invento. Por lo tanto el derecho del titular del privilegio exclusivo (patente) es más amplio, pues puede negarse a que otro competidor utilice el invento aún cuando éste competidor consienta en pagar, pues el titular de la patente puede tener en consideración otras expectativas, como por ejemplo, el posicionamiento en el mercado.

⁷⁹ *Ibidem.*, p.164.

⁸⁰ S. R. EPSTEIN «Craft Guilds, Apprenticeship and Technological Change in Preindustrial Europe» *The Journal of Economic History*, Vol. 58, Nº 3 (Sep., 1998), p. 695

⁸¹ Ver Cap. VI, acápite 1.

productos y procedimientos llevaron a aumentar la especialización de los gremios. Cuando surgía o se adoptaba un nuevo procedimiento o producto, quienes pertenecían a un gremio se liberaban de él, creando uno nuevo que se dedicaba a la producción de esa nueva manufactura, es decir, permitieron una mayor especialización de las corporaciones⁸³.

Las *guilds* de artesanos contribuyeron a las invenciones tecnológicas y estimularon la difusión de la tecnología promoviendo un ambiente favorable para el cambio tecnológico, fomentando la especialización técnica de los artesanos, favoreciendo para ello su desplazamiento por las distintas ciudades de Europa y asegurando a los inventores rentas monopólicas limitadas en el tiempo⁸⁴.

El sistema de patentes, las innovaciones y las corporaciones funcionaban armónicamente en un mismo esquema institucional. Cuando un técnico o un artesano proponía la introducción de procesos o productos desconocidos en la realidad local —y que por ello generalmente no entraban en conflicto— se le concedía un privilegio exclusivo por determinada cantidad de años y cuando éste o sus prórrogas vencían, se creaba un gremio *ad hoc* con todos aquellos que durante ese lapso habían aprendido la nueva técnica de producción⁸⁵. Así ocurrió en Venecia con el artesano que incorporó la técnica para elaborar las medias de seda y lo mismo sucedió en Florencia con Cosmo Scatini, que había obtenido una patente para teñir seda⁸⁶.

Lógicamente, en muchos sectores de Europa las corporaciones con sus reglamentos meticulosos para reservarse el dominio de la actividad creaban un clima agobiante. Pero justamente los privilegios exclusivos eran absolutamente funcional y coherentes con estas políticas tendientes a evitar la competencia: los gremios manufactureros de la etapa preindustrial hubieran estado en la gloria con un sistema internacional de patentes como el que rige hoy en el mundo. Las grandes redes internacionales de gremios —como la Liga Hanseática o las *guildas*

⁸² Ver Capítulo IV, acápite 2.

⁸³ M. Belfanti, *óp. cit.*, p. 4.

⁸⁴ S. R. EPSTEIN, *óp. cit.*, p. 710.

⁸⁵ M. BELFANTI, *óp. cit.*, p. 4.

⁸⁶ *Loc. cit.*

inglesas— se llenaron de todo tipo de privilegios para evitar la competencia. Que estos privilegios no eran destinados sólo a proteger inventos es cierto, pero lo mismo ocurrirá con las primeras leyes contemporáneas dictadas durante la Revolución Industrial, que según una visión doctrinaria son la esencia del «moderno derecho de patentes». Por lo tanto, este objeto ampliado no alcanza para distinguir en su esencia al sistema medieval de privilegios del sistema actual de patentes.

Por otra parte, las nuevas formas de producción que se desarrollan en el siglo XVII y XVIII – especialización técnica, agrupación para el trabajo, utilización de fuentes de energía distintas a la humana, etc. —que provocaron el paso de la producción doméstica al taller y del taller a la manufactura— se aplicaron mayormente en la fabricación de productos nuevos —tejidos de algodón, porcelana, etc.— por lo cual no podían constituir un competencia directa para los gremios, por el contrario, es en el siglo XIX donde la producción masiva invade a los gremios⁸⁷.

Los privilegios exclusivos otorgados para el desarrollo de las grandes comarcas manufactureras exportadoras de los siglos XVII y XVIII —verdaderas industrias— no fueron en modo alguno el paraíso de la libertad en contraposición al «cerrado reglamentarismo gremial», como usualmente se sostiene⁸⁸. Por ejemplo, los privilegios exclusivos dados por los príncipes austriacos, que normalmente iban acompañados con prohibición de importaciones de los productos protegidos — hoy se diría «prohibición de importaciones paralelas»⁸⁹— le permitía al empresario manufacturero vigilar el cumplimiento de su privilegio exclusivo con su propio personal, además de la facultad de recurrir a la fuerza

⁸⁷ Weber, Max, op.cit., p. 157.

⁸⁸ H. SCHULTZ, óp. cit., p. 124.

⁸⁹ Se denomina «importaciones paralelas» a la importación realizada por un importador que no se encuentra vinculado a la red de distribución y comercialización del titular de un derecho de propiedad intelectual, pero adquiere los productos protegidos en el exterior en forma legítima a quien estaba autorizado a venderlos. De esta forma en el mercado importador el importador paralelo compite con el titular del derecho de propiedad intelectual. La autorización por parte del ordenamiento legal de estas importaciones paralelas se reputa como una medida pro – competitiva, que impide la fragmentación de mercados y la manipulación de precios. Durante el debate de los ADPIC no existió acuerdo al respecto, motivo por el cuál su artículo 6º deja en el libertad a los Estados Miembro para regular sobre el tema.

pública⁹⁰. Es decir, la misma actitud prepotente que, con razón, se le achacaba a algunos gremios.

8. Valoración de las innovaciones y espionaje industrial.

La valoración de las innovaciones en el Medioevo fue entonces enorme. Un repertorio de las políticas económicas medievales —que continuarán inalterables en la Edad Moderna— debe contener:

- a) Medidas para mantener en secreto los procesos de producción y para no transferir tecnología a otras ciudades;
- b) Medidas para promover la innovación local y para atraer innovadores foráneos;
- c) Medidas tendientes a promover la apropiación de los inventos extranjeros;
- d) Medidas para proteger el desarrollo de las manufacturas locales, aunque no fueran eficientes;
- e) Medidas que, prohíben el ingreso de mercadería extranjera en competencia con la manufactura local.

Efectivamente, las ciudades medievales gobernadas por las corporaciones se ocuparon del fomento de la innovación con las políticas públicas, lo que se presenta como una característica constante a lo largo de toda la historia de Europa.

Así, por ejemplo, Bolonia lanzó en el año 1230 un plan para favorecer las manufacturas textiles mediante el cuál a los artesanos del ramo que se instalaran en la ciudad se les otorgaba los siguientes beneficios:

- ... a) recibirán gratuitamente de la ciudad un tiratorium (o un precio equivalente de 4 liras) y dos telares (o el equivalente de 2 liras cada uno); b) un préstamo a cinco años de 50 liras sin recargo de intereses para los gastos de instalación

⁹⁰ Loc. cit.

inicial, compra de materias primas, mantenimiento de familia etc.; c) exención de todo impuesto durante quince años; d) Concesión inmediata de la ciudadanía boloñesa⁹¹.

En tan sólo dos años se instalaron en Bolonia 150 artesanos y en total en este plan la ciudad de Bolonia gastó 9.000 libras de la época, que era una suma enorme⁹².

Los ejemplos se repiten en toda Europa al mismo tiempo que se extiende por todas las comunas medidas drásticas para evitar que los artesanos con conocimientos técnicos emigren, transfiriendo de esta manera la tecnología a otras ciudades, lo que da cuenta de la sórdida competencia comercial e industrial que se registraba por entonces.

La difusión de la técnica en un extremo y otro del Viejo Mundo —tanto en el Medioevo como en la Edad Moderna— se realiza por medio del desplazamiento de personal especializado: dado que la mayoría de la información técnica era no codificada, la forma más común de difusión de tecnología era la movilización de los expertos que poseían los secretos de producción de los gremios. Aunque también se registró una masiva circulación de expertos libres, es decir, que no pertenecían a gremio alguno.

El Gran Consejo de Venecia en el siglo XV —la misma centuria que verá nacer a la primera ley de patentes del mundo— al mismo tiempo que amenazaba de muerte a los fabricantes de espejos que huyeran a Murano, dictó una ley por la cuál prohibía la emigración de los calafates⁹³, estableciendo que: «si algún calafate parte de Venecia para ir a trabajar fuera de los confines de esta tierra, deba estar seis años en una de las prisiones de abajo y pagar 200 libras».⁹⁴

El gobierno inglés desterró por centenares a las colonias penitenciarias australianas, a especialistas «demasiados dispuestos a viajar» y cuando se enteró

⁹¹ C. M. CIPOLLA, óp.cit., p. 96

⁹² Loc.cit.

⁹³ Los “calafates” eran los trabajadores especializados en cerrar las juntas de las maderas de las naves para que no entre el agua. Venecia se distinguía entonces, por ser una potencia marítima, con una flota de guerra y un arsenal inigualable.

⁹⁴ C. M. CIPOLLA, óp.cit., p. 196.

que el Zar Pedro I había reclutado en Londres a cortadores y expertos en enrollar tabaco, abriendo con ellos en Rusia un taller, los británicos drásticamente ordenaron a los expertos volver y destruir el taller, porque peligraba el comercio del tabaco con Rusia si ese país aprendía a elaborar el tabaco del Cáucaso⁹⁵.

Los Médici, en 1545, invitaron a los trabajadores del oro y de la seda que se habían marchado al exterior a regresar a Florencia ofreciéndoles todo tipo de ventajas. Ante el fracaso de la convocatoria y como el éxodo continuaba, en 1575 se dictó un bando autorizando a cualquier persona a «matar impunemente» a los técnicos emigrados y asimismo, se premiaba con 200 escudos de oro a quien entregase al expatriado vivo o muerto⁹⁶.

El Elector de Sajonia y Rey de Polonia, Augusto I «el Fuerte», mandó a encarcelar de por vida al inventor Johann Friedrich Böttger a la fortaleza de Königstein, para que el secreto de fabricación de la porcelana no se difundiera⁹⁷.

El boloñés Ugolino Menzanti, fue condenado a muerte a principios del siglo XVII por haber exportado a Venecia instrumentos para la hilatura de la seda: la imagen que lo retrataba colgado de los pies quedó públicamente expuesta en la ciudad de Bologna por más de un siglo⁹⁸.

Dejando testimonio de la importancia dada a las innovaciones en la etapa preindustrial, en el Siglo XVI, Giovanni Botero recomendaba en su tratado *Causas de la grandeza de la Ciudad*:

Debe por lo tanto el príncipe, que quiere volver populosa su ciudad, introducir toda suerte de industria y artificio, lo que hará conduciendo artesanos excelentes de otros países y darles hospitalidad y comodidades convenientes, y con tener en cuenta los bellos ingenios y estimar la invención y las obras que tienen algo de singular o de raro, y proponer premios a la perfección y a la excelencia⁹⁹.

⁹⁵ Loc.cit.

⁹⁶ Loc.cit.

⁹⁷ H. SCHULTZ, óp.cit., pp. 79-80.

⁹⁸ C. BELFANTI, óp.cit., p. 5.

II

EL ESTATUTO DE VENECIA DE 1474: LA PRIMERA LEY DE PATENTES DEL MUNDO

1. El Estatuto de Venecia: una norma medieval.

El estudio del Estatuto de Venecia es vital para evidenciar el origen medieval del sistema de patentes y constituye sin dudas, un antecedente inmediato del actual sistema de patentes.

Las razones por las cuales el Estatuto de Venecia fue dictado y sus institutos esenciales, no sólo pueden parangonarse con las leyes en las que la mayoría de los autores ven el nacimiento del «nuevo» derecho de patentes — Estatuto inglés de los Monopolios de 1623; Constitución de los EEUU de 1787 y ley de patentes francesa de 1791— sino también con el vigente sistema internacional de patentes. En tal sentido, es hora que se le otorgue de una vez por todas al Estatuto de Venecia el carácter de partida de nacimiento del derecho de patentes tanto más cuanto que, todo lo que vino después, no hizo otra cosa que ratificar sus postulados.

Venecia ocupa un papel especial en la historia económica de Europa, porque fue la primera en sobresalir en el comercio, en desarrollarse y enriquecerse. Pirenne explica el desarrollo de Venecia de la siguiente forma:

Sus primeros habitantes, huyendo de la proximidad de los hunos, de los godos y de los lombardos, buscaron refugio en los islotes vírgenes de la laguna en los siglos V y VI. El comercio se les impuso por las mismas condiciones del medio y en el siglo VIII llega a ser una ciudad lo suficientemente poblada como para ser sede de una diócesis... Casidoro ya describe a los venecianos en el siglo VI como un pueblo de marinos y

⁹⁹ Citado por C. BELFANTI, *óp.cit.*, p. 4 .

mercantes... Permaneció bajo la soberanía de Bizancio, lo que le permitió crecer al calor de Constantinopla, con quienes los venecianos —los más diestros mercaderes europeos— no tenían escrúpulos ni morales ni religiosos para comerciar; así con el retroceso de los Mahometanos en el siglo XI, los venecianos —como otras ciudades italianas— fueron los beneficiarios directos de las cruzadas, apoderándose de todo el comercio del Levante y no sólo el comercio caracteriza entonces a Venecia, sino también la industria¹⁰⁰.

La dependencia de las ciudades italianas del Imperio Bizantino¹⁰¹ fue meramente formal porque Constantinopla las abandonó a su suerte —lo que posibilitó la formación de las «Ciudades Estado»—, pero esta subordinación artificial le abriría el acceso a los puertos del Imperio Bizantino y por eso estas ciudades, como Venecia, fueron las primeras en prosperar económicamente. Por el mismo motivo, se convirtieron inmediatamente en centro de atención del resto de las ciudades europeas, que se veían más atrasadas¹⁰².

Como en otras ciudades europeas, las corporaciones de mercaderes exportadores tomaron las riendas de la administración pública, pero, a diferencia de otras comunas, el gobierno veneciano derivó en una oligarquía de patricios, tan tiránica en muchos casos como los mismos señores feudales. Venecia no tenía rey, pero forjó una de las noblezas más cerradas de Europa. Nobles eran los hombres y mujeres que se encontraban anotados en el libro *d'oro*, que fue cerrado en el año 1297, es decir, con algunas excepciones, sólo los descendientes de las familias

¹⁰⁰ H. PIRENNE *Las ciudades...*, óp.cit. p. 56, 58, 74.

¹⁰¹ En el año 476 la enorme mayoría del Imperio Romano ya había sido ocupado por los bárbaros. Sólo quedaba del viejo Imperio, Roma y otros territorios italianos, por eso el célebre historiador francés Marc Bloch señaló que el Imperio Romano de Occidente no «cayó» —como se suele afirmar y se enseña en los colegios— sino que se «derrumbó» a través de los siglos. Cuando el bárbaro Odoacro en el año 476 derrota al último emperador romano de occidente, Rómulo Augústulo, inmediatamente se subordina a Constantinopla y las ciudades italianas pasan a conformar el Imperio Romano de Oriente (Imperio Bizantino). Ello demuestra que los bárbaros no querían destruir Roma sino «disfrutarla». Como señala Ortega y Gasset «Roma les sonaba [a los bárbaros] a nombre de una gran empresa vital, Roma era un proyecto de organización universal; era una tradición jurídica superior, una admirable administración, un tesoro de ideas recibidas de Grecia que presentaban un brillo superior a la vida, un repertorio de nuevas fiestas y mejores placeres». (José ORTEGA Y GASSET, *España invertebrada*. Madrid, Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1983, p. 33.)

¹⁰² Norman J. G. POUNDS *Historia Económica de la Europa medieval*. Traducción de Joseph M. Portella, primera edición en castellano, Barcelona, Editorial Crítica, 1981, p. 108.

asentadas en ese libro hasta la mencionada fecha, integraban el patriciado; estas familias para el siglo XV, eran corporaciones de comerciantes y empresarios¹⁰³.

En el contexto de rivalidad comercial que derivó en el espionaje industrial entre las ciudades medievales, tal vez pueda darse una mayor explicación a la ley de patentes de Venecia. Europa estaba a punto de alcanzar su *catching up* respecto a Oriente, pero, vista la situación desde las perspectivas regionales, el desarrollo económico había sido dispar. Venecia era la gran potencia económica del Viejo Mundo y las demás economías europeas, que se veían rezagadas, comenzaron a su vez una carrera para obtener su *catching up* respecto de la *Serenísima* y de las otras prósperas ciudades italianas, donde la apropiación de los inventos extranjeros y asimismo, la política para atraer innovadores foráneos resultaba central¹⁰⁴.

De tal modo que en el siglo XV, Venecia se sentía amenazada por sus competidores y no le faltaba razón: Venecia, los Países Bajos y la Alta Alemania estaban en competencia directa y cuando algunos de estos países entraba en guerra, las ganancias de los otros aumentaba automáticamente¹⁰⁵.

En esta Venecia medieval, temerosa de la competencia extranjera y de la transferencia de su tecnología al exterior, gobernada por las corporaciones más ricas y privilegiadas de mercaderes de Europa y donde —según Epstein— la alianza del Estado con los grandes mercaderes era claramente visible¹⁰⁶, se dictó la primera ley de patentes en 1474. Entre los años 1475 y 1550 por esta Carta se concedieron más de cien privilegios para inventos¹⁰⁷.

Señalar que esta es una norma medieval porque fue dictada en 1474, puede parecer un juego de fechas y objeto de una justa crítica. La historia mayormente no sucede en episodios regidos por días y horas, sino por procesos largos que

¹⁰³Peter BURKE *Venecia y Ámsterdam. Estudio sobre las élites del siglo XVII*. Traducción de Alberto L. Bixio), primera edición en castellano, Barcelona, Gedisa Editorial, 1966, pp. 171 y ss.)

¹⁰⁴Al respecto, señala Burke: «El gobierno holandés recompensaba regularmente a los embajadores extranjeros, muy particularmente a los venecianos, por pasarle información confidencial.» (Ibíd., p. 199)

¹⁰⁵H. SCHULTZ, óp. cit., p. 22.

¹⁰⁶S. R. EPSTEIN, óp.cit., p. 697

precisamente por ello, son más profundos y problemáticos de estudiar. La ley de patentes de Venecia, es claramente medieval no por su fecha, sino porque se corresponde con las políticas económicas adoptadas por los poderes públicos en la Edad Media para proteger y fomentar la tecnología, respondiendo a la idea liminar de que su bienestar y progreso material es directamente proporcional al fracaso de su rival en el comercio internacional. Y porque en la Edad Moderna nada cambiará esta política varias veces secular.

2. Análisis del Estatuto de Venecia

MCDLXXIV. Marzo XVIII. Hay en esta ciudad y sus alrededores, atraídos por su excelencia y grandeza, muchos hombres de diversos orígenes, que tienen sutilísimas mentes y aptos para imaginar y descubrir diversos artificios e ingenios. Y si se dispusiera que otros no puedan hacer ni tomar para sí, para aumentar sus honores, los trabajos y artificios descubiertos por tales hombres que los otros pudieran ver, tales hombres descubrirían y harían cosas de no pequeña utilidad y ventaja para nuestro Estado. Por lo tanto: Se decreta por autoridad de este Consejo que cualquiera que haga en esta Ciudad un nuevo e ingenioso artificio, estará obligado a registrarlo en la oficina de los Proveditori de la Comuna tan pronto como haya sido perfeccionado en forma que sea posible usarlo y aplicarlo. Quedará prohibida a cualquier otro, en cualquier parte de nuestra tierra y lugar, hacer cualquier otro artificio a la imagen y semejanza de aquel sin el consentimiento del autor, durante el término de diez años. Y si a pesar de esto alguno lo hiciera, el dicho autor podrá citarlo ante cualquier Oficial de la Ciudad y aquel que haya imitado será compelido a pagar cien ducados y el artificio será inmediatamente destruido. Pero nuestro Gobierno tendrá la libertad, a su entera discreción, de tomar y usar para sus necesidades cualquiera de dichos artificios e instrumentos, bajo la condición sin embargo, de que nadie, aparte del autor, pueda emplearlo¹⁰⁸.

Nótese con relación al fundamento para conceder protección a los inventos, que es claramente de carácter utilitario, toda vez que justifica su existencia en los beneficios que las innovaciones reportarían al Estado. Conviene releer el texto del Estatuto ya reproducido en lo que resulta relevante para esta cuestión:

¹⁰⁷ E. PENROSE, *óp.cit.* p. 6.

¹⁰⁸ P.C. BREUER MORENO, *Tratado de patentes de invención*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1957, p. 8.

[,,] Y si se dispusiera que otros no puedan hacer ni tomar para sí, para aumentar sus honores, los trabajos y artificios descubiertos por tales hombres que los otros pudieran ver, tales hombres descubrirían y harían cosas de no pequeña utilidad y ventaja para nuestro Estado.

El carácter de la protección es claramente instrumental: es un «medio» — del Estado—, que tiene como «fin» obtener para la sociedad nuevos productos útiles. Así, el sistema de patentes veneciano reposa su existencia en la inteligencia que con el incentivo que implica las patentes los inventores procurarán un mayor número de nuevos productos y procesos para el bien de Venecia.

Mientras que con severas leyes —como las tomadas para evitar la emigración de los calafates o de los expertos en espejos de Murano— se trataba de reducir a toda costa la transferencia de tecnología a otras ciudades, con la ley de patentes se pretendía lograr el efecto contrario: fomentar la innovación nacional, atraer innovadores extranjeros, apropiarse de inventos foráneos y en definitiva, lograr receptor tecnología desde el exterior hacia Venecia.

El Estatuto de Venecia responde a las políticas económicas medievales destinadas a atraer expertos extranjeros, apropiarse de innovaciones foráneas —reconociendo la importancia de la imitación para el desarrollo tecnológico— y asimismo, al interés de fomentar la innovación local. O dicho de otra forma: comparte la misma teleología por la cuál en el Medioevo se otorgaban privilegios exclusivos.

Ahora, lo que resulta indudable es que con el Estatuto de Venecia, nacieron todos los grandes institutos que caracterizan a los sistemas de patentes contemporáneos. En tal sentido, es valiente la afirmación de A. Kahn cuando reconoce que el método legal de protección de los avances tecnológicos «es una antigua estructura, casi la misma básicamente y en detalle, a la que regía trescientos años atrás»¹⁰⁹. Dado que el autor citado escribe esto en 1940, es obvio que toma como inicio del sistema de patentes el Estatuto de los Monopolios inglés

dictado en 1623. Es de lamentar que Kahn, en su cálculo, no hubiera añadido doscientos años más porque de esa manera hubiera llegado al Estatuto de Venecia.

La finalidad e institutos del sistema veneciano de patentes pueden ser comparados no sólo con los sistemas de patentes de Inglaterra, EEUU y Francia en los albores de la industrialización, sino con el actual sistema internacional de patentes, aún tomando en cuenta el más ambicioso tratado internacional en propiedad intelectual firmado hasta la fecha: el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), suscripto en 1994.

La continuidad del Estatuto de Venecia con el Estatuto de los Monopolios Inglés, la Constitución norteamericana de 1787 y la ley francesa de patentes de 1791, será estudiada en los próximos capítulos de este trabajo¹¹⁰. Pero ahora el lector permitirá, aunque pueda resultar metodológicamente criticable —habida cuenta del límite temporal establecido para este trabajo— que al estudiar los rasgos sobresalientes de la Carta italiana se efectúe una comparación con el ADPIC al sólo efecto de rescatar la vigencia y perdurabilidad del Estatuto de Venecia.

i) Requisitos de patentabilidad

El estatuto requiere que el invento tenga novedad y altura inventiva —«algun nuevo et ingenoso artificio, non facto persuanti nel dominio nostro»¹¹¹— y aplicabilidad industrial —«reducto chel sara a perfection, Siche el se possi usar et exercitar»¹¹²—. Ello implica admitir que no cualquier invento podía gozar de la protección sino sólo aquellos que coadyuvaran a provocar el progreso industrial por medio de la innovación. El artículo 27 del ADPIC tiene una disposición idéntica que señala: « [...] las patentes podrán obtenerse [...] siempre que sean

¹⁰⁹ Alfred E. KAHAN «Fundamental Deficiencies of the American Patent Law», *The American Economic Review*, vol. 30, N° 3 (Sep., 1940), pp. 475.

¹¹⁰ Ver Capítulos III; IV y V.

¹¹¹ Redacción original extraída de H. BAYLOS CORROZA, *óp.cit.*, p.164.

¹¹² *Loc.cit.*

nuevas, entrañen una **actividad inventiva** y sean susceptibles de **aplicación industrial** [...]».

ii) Limitación en el tiempo del derecho conferido

Diez años según el Estatuto de Venecia, mientras que conforme al artículo 33 del ADPIC, el plazo de protección para las patentes no puede ser inferior a 20 años contados a partir de la presentación de la solicitud. La fijación de un plazo de vigencia de las patentes conlleva reconocer el impacto negativo que ellas pueden implicar para la sociedad y por ello se las limita en el tiempo. Es una medida claramente pre – competitiva que subraya el fondo utilitario de la regulación. Esta afirmación es válida tanto para el Estatuto de Venecia como para el ADPIC.

iii) Derechos conferidos al titular de la patente

El Estatuto de Venecia sólo reconoce al titular de la patente la exclusiva de fabricación:

[...] Quedará prohibida a cualquier otro, en cualquier parte de nuestra tierra y lugar, hacer cualquier otro artificio a la imagen y semejanza de aquel sin el consentimiento del autor, durante el término de diez años [...].

El ADPIC en cambio, no sólo reconoce al titular de la patente la exclusiva de fabricación, sino también la de comercialización¹¹³. Esta diferencia no puede causar extrañeza dado que, generalmente, hasta fines del siglo XIX las leyes de patentes europeas sólo le reconocían al inventor el derecho de fabricación. Al respecto y refiriéndose al caso de Alemania, De Las Heras Lorenzo —siguiendo a Singer— señala:

Antes de la entrada en vigor de la primer ley panamericana de patentes de 1877, las leyes de patentes de los diferentes Estados alemanes, así como el Acuerdo de los 18 Estados miembros de la Unión aduanera alemana (deutscher Zollverein) de 1842,

¹¹³ El artículo 28.1 del ADPIC señala: «Una patente conferirá los siguientes derechos exclusivos: a) Cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el actos de: fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente»

sólo reconocían al titular de la patente el derecho de fabricación exclusiva...A tal fin el art. 4 de la ley alemana de patentes de 7 de abril de 1891 reconocía al titular de la patente “el derecho exclusivo de fabricar, poner en el comercio, poner en venta y utilizar industrialmente el objeto de la invención”»¹¹⁴.

Por lo tanto, esta disimilitud no alcanza para trazar una diferencia tajante entre la Carta veneciana y las leyes de patentes decimonónicas. Por otra parte, por entonces, la exclusiva de comercialización se consideraba accesoria de la de fabricación¹¹⁵.

iv) Sanción al infractor

Obviamente que las penas corresponden *mutatis mudandis* a cada época y al desigual desarrollo del derecho entre ambos períodos. En cualquier caso, ambas normas descuentan el establecimiento de sanciones.

iv) Uso público

El Estatuto de Venecia reserva al Estado la potestad de hacer uso del invento en caso de necesidad generales. Del mismo modo el ADPIC permite otorgar licencias obligatorias para el uso por el Estado de los inventos patentados¹¹⁶. Por otra parte esta disposición permite al Estado limitar las exclusivas si lo considera necesario, al igual que lo permite el artículo 30 del ADPIC¹¹⁷.

v) Examen previo

¹¹⁴Tomás DE LAS HERAS LORENZO *El agotamiento del derecho de marca*, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., pp. 42-43.

¹¹⁵ Loc. cit.

¹¹⁶ El artículo 31 del ADPIC señala: «Cuando la legislación de un Miembro permita otros usos [se refiere a las licencias obligatorias] de la materia de una patente sin autorización del titular de los derechos, incluido el uso por el gobierno...».

¹¹⁷ El artículo 30 del TRIPs autoriza a los Miembros a establecer excepciones limitadas a los derechos conferidos por la patente

Los miembros del Consejo eran los encargados de analizar si los inventos reunían los recaudos del Estatuto para conceder el privilegio¹¹⁸. Del mismo modo en la actualidad la mayoría de los países del mundo, contemplan un examen previo para analizar si el invento reúne los criterios exigidos por la ley para ser patentado.

vi) Divulgación:

La divulgación del invento al momento de solicitar una patente es esencial al sistema, porque él permite que la sociedad, vencido el término de protección, se beneficie de él reproduciéndolo libremente. Y por el ello el ADPIC expresamente establece esta obligación en el artículo 29¹¹⁹. Sobre el particular, el Estatuto de Venecia dice: «...cualquiera que haga en esta Ciudad un nuevo e ingenioso artificio, estará **obligado** a registrarlo en la oficina de los Proveditori de la Comuna».

La primera característica sobresaliente de este Estatuto, es que la posibilidad del inventor de acceder a la protección de su invento y por ende a la divulgación de su invento que surge del registro, no es facultativa sino obligatoria. Dicho en otras palabras, no es un derecho, es una obligación. Esto que llamó tanto la atención de los autores, podría explicarse en las características de la asociación juramentada de las ciudades desarrolladas al impulso de las corporaciones, que se veían en todas las partes como un todo con derechos pero con severas obligaciones para el bien comunal. El burgos es un «todo» donde no existe el «éxito individual», sino que cada uno lo obtiene por el éxito de la comuna, al que todos concurren. También, visto la situación de competitividad que tenía Venecia con las otras ciudades, el miedo a perder su predominio y el gobierno minado por el interés de las grandes corporaciones mercantiles, podría concluirse que la obligatoriedad de esta ley y el sentido de la misma, no tenía otro objetivo —tal

¹¹⁸ C. BELFANTI, óp.cit., p. 6.

¹¹⁹ El artículo 29 del ADPIC dice: «Los Miembros exigirán al solicitante de una patente que divulgue la invención de manera suficientemente clara y completa para que las personas capacitadas en la técnica puedan llevar a efecto la invención...»

como sugiere Mandich¹²⁰— que concentrar en el Estado Veneciano todo tipo de avance tecnológico en orden a aumentar su competitividad, y en modo alguno el de tutelar el derecho de los inventores. Sea como fuere, el requisito de divulgación se encuentra establecido y perdurará en el derecho de patentes hasta el presente.

vii) Explotación local, caducidad y transferencia de tecnología

Los miembros del Consejo encargados de analizar los inventos antes de otorgar la exclusiva, no estaban tan preocupados por la utilidad intrínseca del invento, sino porque el mismo tenga la capacidad de ingresar exitosamente en el mercado (innovación), es decir, estaban realmente interesados en que nuevos inventos y procesos puedan mejorar la competitividad económica de Venecia, transfiriendo la tecnología necesaria¹²¹. Habida cuenta de ello, tenían un criterio laxo para examinar las solicitudes, pero a cambio, le otorgaban al solicitante del privilegio un año para que el producto o proceso ingrese al mercado local, en caso contrario, el privilegio caía¹²². Pues siendo así, ¿qué sentido tenía cargar a la sociedad con un privilegio exclusivo? Obviamente la inteligencia de esta postura era provocar que los inventos se fabriquen en Venecia, no en otra ciudad con la que competían en el mercado internacional. Esta exigencia de explotación local siempre fue la piedra angular del sistema de patentes. Sin embargo, la cláusula de explotación local o nacional, actualmente es discutida por los países desarrollados quienes aspiran a importar los productos protegidos a los distintos países donde han solicitado patentes sin tener que producirlos en el país importador¹²³. Hasta fines del siglo XIX, la mayoría de las leyes de patentes sancionaban con la caducidad la falta de explotación de una patente. En la revisiones de 1925 (La Haya) y 1931 (Londres) del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial —firmado en 1893— se atemperó el rigor de esta sanción, disponiendo la posibilidad de otorgar licencias obligatorias en caso de falta de explotación en

¹²⁰ Mandich sostiene que la finalidad del registro que se establece no era otra que el deseo del Estado veneciano de tener conocimiento de toda innovación, para poder ejercitar su derecho a hacer uso de ellas. (Citado por H. BAYLOS CORROZA, óp. cit., p. 164.)

¹²¹ Loc.cit.

¹²² Loc.cit.

¹²³ Carlos M. CORREA *Acuerdo TRIPs*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1996, p. 140.

vez de la caducidad de la patente¹²⁴. Esta norma llegó al ADPIC, que permite conforme a su artículo 31, otorgar una licencia obligatoria por falta de explotación, lo que nuevamente habla de la vigencia del Estatuto de Venecia.

En conclusión, para advertir la línea conceptual que une el ADPIC con el Estatuto de Venecia, destáquese lo siguiente: el capítulo sobre patentes del ADPIC contiene ocho artículos —artículos 27 a 34—; de estos ocho artículos, siete están contenidos en el Estatuto de Venecia. Después de cinco siglos no parece una producción tan genial como para alardear del nacimiento de un «nuevo derecho de patentes».

¹²⁴ Carlos M. CORREA, «Licencias Obligatorias» en Carlos M. CORREA (Coord.), *Derecho de Patentes*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1999, p. 169.

SEGUNDA PARTE
EL SISTEMA DE PATENTES EN EL
MUNDO PRE - INDUSTRIAL

III

EL ESTATUTO DE LOS MONOPOLIOS INGLÉS: UNA VUELTA AL DERECHO MEDIEVAL

1. Holanda e Inglaterra, dos modelos.

En el siglo XVII Inglaterra tenía como rival comercial directo a los Países Bajos, que le estaba arrebatando a Venecia la primacía mundial. Venecia y Holanda eran los dos grandes centros económicos de donde irradiaba la mayor energía y potencialidad económica del continente.

Los Países Bajos dominaban el comercio marítimo. Era la época del *mare liberum* (1609) de Hugo Grocio (1585 – 1645) y los neerlandeses se atreven hasta América del Norte y fundan «Nueva Amsterdam». Con la creación de la Compañía de las Indias Orientales —VOC por *Verenigde Oost-Indische Compagnie*— y el apoyo brindado por el ejército de la República de los Países Bajos Unidos, se apoderaron de todo el comercio de la India Occidental, Ceilán e Indonesia, acaparando el comercio de las especias; esta empresa durante más de un siglo dio dividendos por el 20% y en el año 1623 contaba con 90 barcos y unos 2.000 soldados apostados en sus veinte fuertes asiáticos¹²⁵.

Inglaterra, que para entonces era una economía de segundo orden, también crea en el año 1600 su Compañía de las Indias Orientales —*East India Company*— brazo fundamental de la política colonialista inglesa¹²⁶; sin embargo, para que ésta empresa se convierta en la más poderosa del Globo, Inglaterra deberá todavía esperar.

¹²⁵ H. SCHULTZ, óp. cit., p. 142.

¹²⁶ Paul MANTOUX, *The industrial Revolution in the eighteenth century*, Nueva York y Evanston, Harper & Row Publishers, 1962, pp. 92-93.

Entre los Países Bajos e Inglaterra hubo un aspecto de política económica que las diferenciará. El gobierno neerlandés asumió como propios los objetivos de la *VOC* y por ello, sus intereses marcarán su política exterior. Como eran mayormente agentes y sus puertos unían almacenes, mientras que sus florecientes manufacturas sólo aportaban una pequeña cantidad a la riqueza nacional, sus barcos no llevaban productos holandeses, sino de todo el mundo¹²⁷.

En contraste, en Inglaterra la corona siempre prohió el desarrollo del sector manufacturero y no lo dejó fenecer a manos de los mercantiles ni permitió que minaran su propio poder. Por ejemplo, al mismo tiempo que se dictaba el Estatuto de los Monopolios en 1623, se aprobaba la *Act for the Free Trade of Welsh Cloth* que si bien liberaba el comercio del algodón galés, establecía dos importantes restricciones: i) el algodón no se podría exportar en bruto y ii) los extranjeros no podían comerciar en el mercado de Shrewsbury¹²⁸. Asimismo, promediando el año 1700 la corona no dudó en prohibir la importación de las telas puras de algodón de la India, respecto de las cuales, los fustanes europeos — mezcla de algodón y lino— no podían competir y, cuando consideró que la expansión del comercio de las Compañía de las Indias Orientales se había extendido en demasía, en el año 1823 le revocó su monopolio sobre la India, asumiendo la corona su gobierno y obligando a ese país asiático a importar las telas inglesas para favorecer las manufacturas británicas¹²⁹.

Ello puede explicar la distinta regulación en materia de patentes: en Holanda la mínima mención a cualquier tipo de monopolios causaba tirria por resultar una limitación inadmisibile al comercio. De hecho, los Países Bajos se negarán a otorgar patentes de invención hasta entrado el siglo XX. Al contrario, para Inglaterra la política de monopolios será central para fomentar su industria nacional.

¹²⁷ *Ibidem.*, p. 92.

¹²⁸ A. H. DODD “The Store an Elizabethan Monopoly 1565 – 1823”, *Economica.*, N° 26 (Jun., 1929), Blackwell Published para The London School of Economics and Political Science and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines, p. 204.

¹²⁹ Eric J. HOBBSAWN, *Industria e imperio. Una historia económica de Gran Bretaña desde 1750*. Traducción de Gonzalo Pontón, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Planeta Argentina, 1998, p. 30.

2. Mercantilismo y monopolios.

En Inglaterra —como en las demás ciudades europeas— la fuerza dominante de la burguesía residía en aquellas corporaciones dedicadas a las actividades mercantiles, más que a las manufactureras. Las ciudades inglesas, gobernadas por las corporaciones, tuvieron un enorme peso como en el resto de Europa mas, a diferencia de otras comunas, en vez de aliarse con la realeza, se juntaron con los barones y de esa manera contribuyeron a preparar el gobierno parlamentario cuyos lejanos orígenes se pueden remontar a la Gran Carta de 1212. «Un impulso natural —señala Pirenne— hubiera llevado a las ciudades anglosajonas a convertirse en República, sino fuera porque en Inglaterra la fuerza del Rey era muy importante»¹³⁰. Esta alianza le permitió a los gremios mercantiles mantener un lugar de privilegio al momento de establecer las políticas económicas y de hecho, ya para los siglos XIV y XV, la mayoría de los parlamentarios provenían de los sectores urbanos¹³¹.

Al dictarse el Estatuto de los Monopolios, hacía mucho tiempo ya que los oficiales manufactureros se habían retirado de las corporaciones de los mercaderes y habían creado sus propios gremios, pues sentían que los grandes comerciantes ya no los representaban: las corporaciones vinculadas al comercio internacional exigían liberación a las trabas del comercio y los sectores manufactureros protección a sus manufacturas¹³². Y ello fue así, porque Inglaterra antes de ser el «taller del mundo» fue un «país de tenderos». Por su lado, la corona inglesa, estaba dispuesta a poner todos los medios necesarios para añadir las nuevas manufacturas al poderío económico de su país¹³³.

¹³⁰ H. PIRENNE, *Las Ciudades...* óp. cit., p. 148.

¹³¹ Max WEBER, óp.cit., p. 143.

¹³² Loc.cit.

¹³³ H. SHULTZ, óp.cit., pp. 29 y ss.

Las grandes compañías comerciales como la *East India Company*¹³⁴ recibieron enorme cantidad de privilegios exclusivos sobre los más diversos productos. Estos privilegios eran justificados en la necesidad de atraer capital¹³⁵. Así, al igual que en la Edad Media, las grandes corporaciones económicas inglesas aceptaban la política real de concesión de privilegios exclusivos, en la medida que coadyuvara a mantener su competencia en el mercado internacional mas, en cuanto los monopolios limitaban el mercado interno o prohibían la importación de productos, se oponían férreamente a ellos¹³⁶.

Esta postura no alcanza a ser contradictoria, tanto más cuanto que, resulta oportuno aclarar —siguiendo a R. de Roover— que para esta época no se utilizaba el término «competencia» en el sentido económico actual; en su lugar, los mercantilistas utilizaban el término «libertad de comercio»¹³⁷. Siendo ello así, los términos «libertad de comercio» no eran contradictorios con «proteccionismo», poniendo el énfasis más en la eliminación de las obstrucciones al comercio que en la rivalidad que caracteriza al sentido económico actual «competencia».¹³⁸

En síntesis, el sector mercantil era hostil a todos los monopolios que restringieran el mercado interno o limitara las importaciones, promoviendo en consecuencia, una regulación restrictiva para ellos.

3. Una ley de patentes en un «país de tenderos».

Al dictarse el Estatuto de los Monopolios en 1623, Inglaterra todavía es un «país de tenderos». El sector comercial predomina en el escenario político y económico. La corona inglesa mantiene inalterable la política económica medieval de atraer del exterior todo tipo de nuevos productos y procedimientos y fomentar asimismo, el desarrollo de las manufacturas locales. Dicta todo tipo de

¹³⁴ La *East Indian Company* fue la más famosa y poderosa pero existieron otras compañías que también fueron beneficiarias de privilegios, como por ejemplo: *Muscovy Company* (1554); *Baltic Company* (1579); *Levant Company* (1581) entre otras.

¹³⁵ Raymond de ROOVER, "Monopoly Theory Prior to Adam Smith: A Revision", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 65, Nro. 4 p. 510.

¹³⁶ *Ibidem.*, p. 509.

¹³⁷ *Ibidem.*, p. 511.

privilegios exclusivos para favorecer la radicación de industrias o proteger procedimientos o productos nuevos o apropiados del exterior, fiel a la «capacidad de recepción» europea. A fines del siglo XVI, los privilegios exclusivos fueron tantos y en muchos casos tan abusivos, que desesperaron al sector comercial y provocaron la reacción del público¹³⁹.

Privilegios exclusivos para la comercialización de sustancias conocidas como la sal y el aceite, contrariaban las reglas económicas medievales que alentaban sólo la introducción de nuevos productos y procedimientos. Estos viejos principios, ya convertidos en derecho consuetudinario¹⁴⁰, inspiraban a los jueces a declarar nulos estas exclusivas que despertaban la protesta de los poderosos mercaderes exportadores e importadores, como el famoso fallo *Darvy vs. Allen* de 1603, que declaró nulo un privilegio exclusivo para naipes¹⁴¹. Esta sentencia estableció que, según el derecho consuetudinario, los privilegios exclusivos para ejercer un comercio con fines de lucro privado se oponían a la libertad y beneficio de los súbitos y eran contrarias por tanto, a ese derecho¹⁴².

En el año 1601 ya se había presentado en el Parlamento inglés un proyecto para eliminar todos los monopolios al que se opuso, en nombre de la corona, nada menos que *Sir Francis Bacon*, el heraldo del nuevo método científico¹⁴³. Finalmente, luego de tres décadas de agitación y debates parlamentarios, en 1623 se dicta el Estatuto de los Monopolios.

Sin embargo, es necesario subrayar que si bien resulta evidente que por la época la oposición pública y de muchos pensadores a los monopolios era manifiesta, generalmente la reacción de los parlamentarios fue en contra de los «abusos», pero no en contra de la política de dictar monopolios para favorecer la industria nacional, política que fue fomentada por Robert Cecil¹⁴⁴ durante los

¹³⁸ Loc.cit.

¹³⁹ Loc.cit.

¹⁴⁰ E. PENROSE, óp. cit., p. 9.

¹⁴¹ Levin H. CAMPBELL *The Patent System of The United States so far as it Relates to The Granting of Patents*, McGill and Wallace, Washington D.C., 1891, (en línea), Cap. I, p. 1. Dirección URL: <http://www.myoutbox.net/pocamp.htm> (Consulta: 26 de diciembre de 2008).

¹⁴² E. PENROSE, óp. cit., p. 10.

¹⁴³ R. de ROOVER, óp.cit., p. 512.

¹⁴⁴ Robert Cecil de Salisbury (1563 – 1612) fue consejero de Isabel I y Jacobo I°.

reinos de Isabel I y Jacobo I¹⁴⁵ y que continuó —luego de firmado el Estatuto de los Monopolios— bajo el reinado de Carlos II¹⁴⁶ y durante el Commonwealth (1649 -1660)¹⁴⁷. En tal sentido, resulta importante señalar, que los efectos del Estatuto no se extendían ni a las corporaciones ni a las grandes compañías¹⁴⁸, así por ejemplo, no tocaba a la *East Indian Company*¹⁴⁹.

El desarrollo de la minería, el vidrio, la sal, el alambre, etc., que generaron importantes organizaciones capitalistas, fue en gran parte gracias al apoyo del Estado, dado que con esta política comercial de protección se buscaba un desarrollo artificial de la industria¹⁵⁰.

Ello revela que bajo las normas del Estatuto de los Monopolios, el sistema de patentes no fue considerado ni remotamente como contradictorio de los privilegios exclusivos destinados a fomentar la industria.

4. El Estatuto de los Monopolios como acuerdo transaccional

El *Statute of Monopolies*¹⁵¹, bajo el reinado de Jacobo I°, nace en 1623 como un acuerdo transaccional entre el sector comercial —que hizo uso de su mayor preeminencia—, el sector manufacturero —que se extendía— y la corona, interesada en fomentar la primacía industrial y comercial de Inglaterra. Mas, el Estatuto de los Monopolios no se dirigirá tanto a los inventores como a la Corona y a los sectores manufactureros. Su nombre lo dice todo: este cuerpo normativo no se llama «Estatuto de los inventores» o «De la protección de las invenciones»; se denomina Estatuto de los monopolios o podría haberse llamado «Estatuto que

¹⁴⁵ Harold G. FOX, “Patents in Relation to Monopoly”, *The Canadian Journal of Economics and Political Science /Revue canadienne d’Economie et de Science politique*, Vol. 12, N° 3 (Agosto, 1946), pp. 328 – 329.

¹⁴⁶ Christine MACLEOD, “The 1690s Patents Boom: Inventions or Stoch-Jobbing?”, *The Economics History Review, New Series*, Vol. 39, N° 4 (Nov. 1986), p. 553.

¹⁴⁷ P. MANTOUX, óp.cit., p. 32.

¹⁴⁸ A.H. DODD, óp.cit., p. 204.

¹⁴⁹ R. ROOVER, óp. cit., p. 507.

¹⁵⁰ Loc.cit.

¹⁵¹ El texto del Estatuto de los Monopolios puede consultarse en Internet. Dirección URL:http://www.ipmall.info/hosted_resources/lipa/patents/English_Statute1623.pdf (Consulta: 25 de octubre 2008).

regula las restricciones al comercio». Por este estatuto, el Parlamento —dominado por el sector comercial— le comunica al sector manufacturero y al Rey, que el primero no puede solicitar y el segundo no puede otorgar, otro privilegio que los destinados a proteger al primer y verdadero inventor. Si se tiene en cuenta que antes de la sanción de este Estatuto, salvo por algunos pronunciamientos judiciales, la corona no tenía límite alguno para otorgar privilegios, se observará que es un triunfo rotundo del sector comercial.

Ahora, si el texto hace uso de los términos «primer y verdadero inventor» no queda duda alguna que el Estatuto también prohijaba a los introductores de nuevos inventos realizados en el extranjero y desconocidos en Inglaterra —aunque el solicitante no sea el primer y verdadero inventor— lo cual sería una medida teóricamente contraria a cualquier derecho de los inventores. Además, los tribunales ingleses tempranamente convalidaron esta interpretación¹⁵². Ello implica reconocer, como lo hace el Profesor emérito de la Universidad de Harvard, F.M. Scherer que en Inglaterra

[...] los derechos de patente fueron garantizados antes y después del Estatuto de los Monopolios de 1623 para proteger la explotación interior de los inventos realizados en el exterior¹⁵³.

Nuevamente se observa la sana y plurisecular «capacidad de recepción» de los europeos. Estas premisas constituyeron el interés del Estado y de los sectores manufactureros puesto en la mesa de negociación. Resulta oportuno destacar además, que para la época del dictado del Estatuto, Inglaterra era importador neto de tecnología, situación que recién se revertirá en el siglo XVIII¹⁵⁴. Por lo tanto, su necesidad de incorporar tecnología era grande y se puede ver en esta carencia la estructuración de su sistema de protección más que en el carácter embrionario del derecho de patentes.

¹⁵²Levin H. CAMPBELL, *óp.cit.*, cap. I, p. 1.

¹⁵³F.M. SCHERER “Los objetivos de la concesión de patentes”. Traducción de Javier Puig, *ICE*, enero 1981, p. 99.

¹⁵⁴S. R. EPSTEIN, *óp. cit.*, p. 698.

Que el Estatuto de los Monopolios dejó subsistente la potestad de conceder privilegios exclusivos destinados a traer nuevos productos y procedimientos del exterior fueran inventos o no —y aunque el solicitante no sea el primer y verdadero inventor— con el objetivo manifiesto de apropiarse de los inventos foráneos, queda evidenciado con el caso paradigmático, citado por todos los historiadores, del inglés John Lombe.

John Lombe viajó a Livorno en 1717 y logró introducirse en un taller de manufactura de seda. A escondidas dibujó el telar utilizado, al mismo tiempo que memorizó el proceso de producción. John Lombe le envió el dibujo a su hermano Thomas, quién lo patentó como propio en Londres —gracias a las normas del Estatuto de los Monopolios de 1623 que así lo permitía— obteniendo la patente en 1718¹⁵⁵. Finalizada su peligrosa misión —habida cuenta de las severas penas existentes para los que revelaren los secretos de fabricación de los productos de seda— John regresó a Londres, falleciendo algunos años más tarde. Un relato no confirmado asegura que fue víctima de un «veneno italiano»¹⁵⁶.

Los hermanos Lombe establecieron en Darby una exitosa empresa que pudo competir y hasta superar en el ramo a los italianos. Y no se crea que se trata de una cuestión meramente anecdótica, Max Weber señaló a la industria de Lombe como un factor fundamental para el desarrollo de la técnica de explotación industrial en Inglaterra¹⁵⁷. Tal es así, que cuando la patente caducó, el Parlamento Británico le ofreció a Thomas Lombe catorce mil libras esterlinas para que no la renovara¹⁵⁸. El profesor hamburgués Büsch —perplejo— señalaba en 1786:

Leemos ahora [...] que se piensa en disposiciones que impidan la observación y el robo de las invenciones que son propias de las manufacturas británicas. Pero, ¿Cómo será eso posible si los extranjeros envían sus Lombe a trabajar en ellas y se llevan a casa lo que han visto?¹⁵⁹.

¹⁵⁵ P. MANTOUX, óp. cit., p. 194.

¹⁵⁶ Loc.cit.

¹⁵⁷ M. WEBER, óp. cit., p. 257.

¹⁵⁸ T. S. ASTHON *La Revolución Industrial(1760-1830)*. Traducida por Francisco Cuevas Cancino, tercera edición en castellano, México – Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 21.

¹⁵⁹ Citado por H. SCHULTZ, óp. cit., p. 80.

5. Los derechos de los inventores en el Estatuto.

Previo al Estatuto la explotación de los inventos estaba regulada por el *Common Law*¹⁶⁰. Es decir que con el Estatuto se crea un régimen específico y de excepción por fuera del derecho común. Mas, respecto a los inventores, no existió cambio alguno con relación a su estatus jurídico pues el Estatuto de los Monopolios no reconoció derecho alguno a los inventores. La protección de los inventos sigue naciendo de un *grant* o concesión graciosa signada por la parcialidad del rey; antes de su dictado, el inventor no tiene derecho alguno y el Estado no tiene obligación ninguna de proteger su invento¹⁶¹. No establece ninguna norma por la cual el inventor pueda demandar la protección como un derecho¹⁶². Las patentes eran vistas como un *trade off*, un acuerdo entre el inventor y el público, con un resultado siempre negociable¹⁶³.

Desde luego, es bien probable y hasta verosímil que los inventores y los productores manufactureros hubieran respirado aliviados al ver que los privilegios destinados a proteger inventos no se abolirían. Pero, incluso, es dable sostener que la situación de los inventores con el Estatuto empeoró antes que mejorar, pues previo a él podían obtener protección sin restricciones, mientras que las primeras leyes de patentes dictadas por el Parlamento bajo el amparo del Estatuto de los Monopolios fueron extremadamente restrictivas y los inventores debían enfrentarse con un largo y tortuoso trámite¹⁶⁴. Para obtener una patente debían intervenir las siguientes oficinas: *Home Office*, *Law Officers' Chambers*, *Patent Hill Office*, *Signet Office*, *Privy Seal Office*, *Letters Patent Office* y el *Lord Chancellor Office*¹⁶⁵. Lord Coke, justificaría el sistema diciendo:

¹⁶⁰ Ruth COHEN, "The New British Law Monopoly", *The American Economic Review*, Vol. 39, N° 2 (Mar., 1949), p. 485.

¹⁶¹ Zorina KHAN, "Property Rights and Patent Litigation in Early Nineteenth-Century America", *The Journal of Economic History*, vol. 55, N° 1 (Mar., 1995), p. 74.

¹⁶² L. H. CAMPBELL, óp. cit., cap. I, p. 1.

¹⁶³ Z. KHAN, óp. cit., p. 74.

¹⁶⁴ C. MACLEOD, óp. cit., p. 551.

¹⁶⁵ P.C. BREUER MORENO, óp. cit., p. 20.

... la sabiduría de la prudente antigüedad que hacía que cuando debiera aplicarse el Gran Sello, la petición pasara por tantas manos que difícilmente el Gran Sello llegara a aplicarse a algo que fuera contrario a la ley o inconveniente¹⁶⁶.

Sir Edward Coke era reticente a todos los monopolios por considerarlos lesivos a la Carta Magna y la libertad¹⁶⁷ y cuando habla de «la prudente antigüedad», sin duda se está refiriendo al derecho consuetudinario proveniente del Medioevo. Así, se revela que el sistema de privilegios medievales, bajo la atenta mirada del sector comercial, nació con un carácter muy restrictivo y que la sanción del Estatuto inglés, implicó una vuelta a esa práctica restringente. Es muy poco probable que los inventores de aquella época hayan celebrado el nacimiento del Estatuto de los Monopolios como hoy muchos autores lo hacen.

El Estatuto de los monopolios, al regular los privilegios exclusivos destinados a la protección de los inventos —al igual que el Estatuto de Venecia— limita en el tiempo el derecho conferido, estableciendo un plazo de catorce años de protección y establece el recaudo de novedad y aplicación industrial.

El estatuto no lo dice, pero la práctica y legislación sancionada en su consecuencia estableció la necesidad de divulgación y altura inventiva disponiéndose, un complicado trámite para comprobar que los recaudos de protección fueran efectivamente cumplidos¹⁶⁸. Por exigencia de los tribunales, los requisitos de divulgación se harán más estrictos en el siglo XVIII¹⁶⁹. La divulgación es un requisito esencial del derecho de patentes y su exigencia es funcional al fundamento económico-utilitario del derecho de patentes: la protección se otorga para fomentar el progreso técnico por un tiempo limitado, vencido el cual el público se beneficia pudiendo utilizar el invento. Para ello, es necesario saber cómo hacerlo y ese es el sentido del requisito de divulgación.

Pocos años después de sancionado el Estatuto inglés, se aprobó una norma por la cual se abolían todas las patentes para nuevos inventos que no hubieran sido

¹⁶⁶ Loc. cit.

¹⁶⁷ R. de ROOVER, óp. cit., p. 507.

¹⁶⁸ C. MACLEOD, óp. cit., p. 551.

¹⁶⁹ Loc. cit.

puestas en práctica desde la fecha de concesión¹⁷⁰. Este no es otro que el reconocimiento del requisito de explotación local ya reconocido por los venecianos y cuya sola mención exaspera hoy a los países desarrollados. Esta disposición de explotación local se integra con la obligación explícita impuesta a los inventores, por la cual, los titulares de la patente debían contratar aprendices y transmitirles los conocimientos y «misterios del invento»¹⁷¹. Ello implica reconocer que las patentes deben cumplir con la función de transferir tecnología. La explotación local y la transferencia de tecnología son dos puntos centrales en el debate actual en el escenario internacional de patentes y opone a los países desarrollados y subdesarrollados. En la raíz de este conflicto, sin duda juega la visión que presentar al sistema de patentes como un privilegio de explotación y no como un derecho natural del inventor.

Finalmente, obtener una patente en Inglaterra durante el régimen del Estatuto de los Monopolios no era un asunto que pudiera encarar cualquier inventor, dado que era extremadamente caro. Se ha calculado que a valores del año 2000, una patente en Gran Bretaña durante la vigencia del Estatuto, hubiera costado unos u\$s 37.000¹⁷². No era una suma por la cual los inventores —y fundamentalmente los pequeños inventores— tuvieran nada que festejar.

6. La teoría escolástica de los monopolios y el carácter restringente de los privilegios exclusivos la Inglaterra del siglo XVII.

Raymon de Roover señala que algunos encumbrados economistas suelen afirmar que la preocupación por los monopolios nació con Adam Smith (1723 – 1790). Sin embargo, el mismo autor sostiene que tanto en el Imperio Romano como en el Medioevo y en el Renacimiento, la prevención por el impacto en los precios y la restricción a la circulación de bienes que provocaban los monopolios de todo tipo, fue una preocupación central¹⁷³. Plinio el Mayor (23 – 79) se lamentaba al constatar que sobre ningún tema se había legislado más que sobre los

¹⁷⁰ L. H. CAMPBELL, op.cit, cap. I, p. 1.

¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 2.

¹⁷² Petra MOSER, “How Do Patent Laws Influence Innovation? Evidence from Nineteenth-Century World’s Fairs” en *The American Economic Review*, Vol. 95, N° 4 (Sep., 2005), p. 1221.

¹⁷³ R de ROOVER, *op. cit.*, Vol. 65, Nro. 4 (Nov., 1951), p. 492.

monopolios y el *Corpus Iuris Civiles* de Justiniano (527 – 565) recepta del derecho romano el principio general que pone fuera de la ley a todos los monopolios¹⁷⁴.

Para Raymond de Roover fue la medieval Escuela Escolástica la que más profundamente desarrolló una teoría de los monopolios y fueron estos escritos los que influyeron posteriormente en juristas y economistas de la talla de Hugo Grocio, Samuel Pufendorf (1632 – 1694) y Adam Smith¹⁷⁵.

La teoría escolástica de los monopolios se basó en la doctrina del «precio justo», precio que no estaba determinado por el valor de fabricación del producto sino por el valor del mercado¹⁷⁶. Esta teoría fue embrionaria en los trabajos de Santo Tomás de Aquino (1226 – 1274), siendo expuesta posteriormente con mayor precisión por diversos autores como Nicole Oresme (1320 – 1382); San Antonio (1389 – 1495); San Bernardino de Siena (1380 – 1444); Luis Molina (1535 – 1600) y Leonardo Lessis (1554 – 1623) entre otros¹⁷⁷. Todos estos escritores fueron críticos de los monopolios¹⁷⁸.

Así, durante la Edad Media los monopolios eran recelados con universal reprobación. El fundamento del rechazo a los monopolios radicaba no sólo en que estos provocaban el aumento de precios, sino que además contrariaba el bienestar general al restringir la circulación de las mercaderías generando una escasez artificial¹⁷⁹.

Leonardo Lessis distingue cuatro clases de monopolios: a) cuando un vendedor «conspira» para fijar un precio mínimo; b) cuando el monopolio es concedido por el príncipe; c) cuando el mercader se apodera de toda la oferta para después vender más caro y d) cuando se impide la importación de un producto¹⁸⁰.

¹⁷⁴ *Ibidem.*, p. 393.

¹⁷⁵ *Ibidem.*, p. 494.

¹⁷⁶ *Ibidem.*, p. 496.

¹⁷⁷ *Ibidem.*, p. 498.

¹⁷⁸ *Loc. cit.*

¹⁷⁹ *Ibidem.*, pp. 47-48

¹⁸⁰ *Ibidem.*, p. 499 - 500

Con relación al punto c) referido a los privilegios exclusivos otorgados por acto del príncipe, la opinión de Lessis —que resume la doctrina de los anteriores autores y el espíritu imperante de la época— es reveladora respecto al carácter restrictivo en que estos privilegios eran concebidos. Lessis señala que si un privilegio se concediera sobre un producto de primera necesidad, el príncipe debería velar por mantener el producto a un precio bajo; pero, si al contrario, recayere sobre un producto sin importancia o suntuario, el príncipe puede tener una buena causa para hacer que ellos sean caros y restringir su consumo¹⁸¹.

Esta afirmación solemne y franca de Lessis equivale a reconocer que por encima de los privilegios exclusivos existen valores sociales importantes que deben ser igualmente considerados. Ellos constituyen, sin duda, un severo límite al sistema. Posiblemente para escapar de esta limitación, algunos autores intentan desvincular el sistema de patentes con el sistema de privilegios, sin advertir que estos postulados se encuentran vigentes aún hoy.

Siguiendo los lineamientos de la teoría escolástica sobre los monopolios, en el Estatuto de los Monopolios inglés de 1623 hay una provisión que generalmente se pasa por alto y que supedita la concesión de patentes destinadas a proteger inventos a tres estipulaciones: a) que no contraríen el derecho ni al Estado aumentando los precios de los productos de primera necesidad; b) que no perjudiquen al comercio y iii) que no provoquen *generally inconvenient* (sic) lo que se podría traducir como que no sea contrario al interés general¹⁸².

Estas estipulaciones son importantes porque implican reconocer que por encima de la protección de los inventos el Estatuto reconoce la existencia de otros intereses sociales valiosos que merecen ser protegidos. En definitiva, bajo las

¹⁸¹ Loc. cit.

¹⁸² La sección sexta del Estatuto de los Monopolios al regular la protección de los inventos dice así: “6 (a). Provided also, that any declaration before mentioned shall not extend to any letters patents (b) and grants of privilege for the term of fourteen years or under, hereafter to be made, of the sole working or making of any manner of new manufactures within this realm (c) to the true and first inventor (d) and inventors of such manufactures, which others at the time of making such letters patents and grants shall not use (e), so as also they be not contrary to the law nor mischievous to the state by raising prices of commodities at home, or hurt of trade, or generally inconvenient (f): the same fourteen years to be accounted from the date of the first letters patents or grant of such privilege hereafter to be made, but that the same shall be of such force as they should be if this act had never been made, and of none other (g).”

normas del Estatuto de los Monopolios, la protección de los inventos sigue siendo una medida de política económica que el Estado concreta mediante un *grant*, haciendo de articulador de intereses individuales y sociales. Dicho con otras palabras, la protección de los inventos se funda en un criterio claramente utilitarista y en absoluto el inventor tiene un derecho a la protección previo al dictado del privilegio que sigue siendo una concesión graciosa. Y aún más importante, la concesión de los privilegios para proteger inventos de explotación ajena, siempre está supeditado al interés general bajo las normas del Estatuto inglés.

Estas disposiciones no solo emparentan aún más al Estatuto de los Monopolios con la Carta veneciana, sino que revelan su carácter escolástico y muestran hasta qué punto las enseñanzas de Lessis se encontraban vigentes por entonces. Lo que no es de extrañar: luego de estudiar detenidamente todos los discursos referidos a los monopolios dados en el parlamento inglés desde el año 1600 hasta la sanción del Estatuto de 1623, Raymond de Roover, concluyó que todos los legisladores estaban influenciados por la teoría escolástica de los monopolios, lo cual es razonable dado que era lo que se enseñaba en las universidades, como por ejemplo, las de Oxford y Cambridge donde estudiaron entre otros, *Sir Francis Bacon* y *Sir Robert Cecil*¹⁸³.

El carácter utilitario del Estatuto queda aún más claro, tanto más cuanto que, el gobierno inglés —convencido que el Estatuto de los Monopolios se lo permitía— estaba dispuesto a revocar cualesquiera «*letters patents*» legalmente concedidas, si el interés público o militar estuviere comprometido¹⁸⁴. Así, cuando Richard Fitzgerald y sus socios convencieron al rey Carlos II en 1683 que ellos podían suministrar sus servicios de desalinización en términos muy favorables, la patente concedida por igual procedimiento a William Walcot, ocho años antes, fue revocada sumariamente para favorecer Fitzgerald¹⁸⁵. Asimismo, en épocas de guerra las patentes sobre salitres y pólvora fueron severamente vigiladas para evitar acciones monopólicas y muchas de ellas fueron revocadas¹⁸⁶.

¹⁸³ R. de ROOVER, óp.cit., pp. 501, 502.

¹⁸⁴ C. MACLEOD, óp.cit., p. 553.

¹⁸⁵ Loc. cit.

¹⁸⁶ Ibídem., p. 554.

7. El Estatuto de los Monopolios, la «Revolución Científica» y la Revolución Industrial

No parece necesario mostrar la imposibilidad de vincular el Estatuto de los Monopolios de 1623 con la llamada «Revolución Científica» inglesa y la Revolución Industrial, dado que existe una gran distancia temporal y fáctica en el desarrollo de estos acontecimientos.

Con relación a la «Revolución Científica», las obras más importantes de Bacon que se dedicaron a la crítica y sustitución del método aristotélico, fueron publicadas inmediatamente antes o después de su dictado. Por otra parte, siendo fundamental su pensamiento, con Bacon la filosofía experimental se encontraba todavía inacabada. La Real Sociedad de Londres fundada en 1645 y oficialmente reconocida en 1662, la obra del físico Roberto Boyle (1627- 1691) y sobre todo, la de Isaac Newton (1642-1727) marcaron el desarrollo de la filosofía experimental inglesa¹⁸⁷. Como se ve, ello fue muy posterior al dictado del Estatuto¹⁸⁸.

De todos modos, el paso del tiempo no mejoró las cosas. No obstante la prédica de Bacon, Boyle, Newton y la Real Sociedad de Londres, el Estado y los empresarios de la Inglaterra de la primera revolución industrial, estaban muy lejos de la ciencia. Al respecto Zamagni afirma:

Seguramente porque esta etapa [se refiere a la primer Revolución Industrial] no necesitó más que técnicos de baja preparación, la educación en Inglaterra por entonces era mala, no se interesó por la educación técnica y por eso sus técnicos eran

¹⁸⁷Émile BRÉHIER *Historia de la Filosofía*, tomo II, Traducción de Demetrio Nández, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1942, p. 57.

¹⁸⁸ Por otra parte, tal vez resulte ilustrativo señalar que justamente para el año de sanción del Estatuto, el heraldo del nuevo método científico no contaba con el trato afable que la Corte le dispensara en otras épocas: Francis Bacon, hombre ambicioso, tuvo una muy destacada carrera judicial en la Corte ocupando los mayores puestos de su carrera, justamente durante el reinado de Jacobo I^o y hubiera seguido ascendiendo, sino fuera por la particular circunstancia que en el año 1621 —dos años antes de dictarse el Estatuto— fue expulsado por el Parlamento británico. Acusado de cohecho por la Cámara de los Comunes, confesó que había recibido regalos de pleiteadores antes de hacer justicia y en consecuencia, la Cámara lo condenó a una multa de 40.000 libras con la prohibición de ejercer cargos públicos, de formar parte del Parlamento y de residir cerca de la Corte. Deprimido, murió cinco años después sin poder revertir su situación. (*Ibidem.*, p. 39).

autodidactas [...] Los empresarios ingleses estaban más interesados en las finanzas y el comercio, que en el aspecto técnico de la actividad productiva¹⁸⁹.

Tampoco parece menester acreditar la falta de vinculación de la Revolución Industrial con el dictado del Estatuto de los Monopolios inglés. En 1623 Inglaterra ni soñaba —ni tenía motivos para hacerlo— que doscientos años después sería principal y única protagonista de una transformación que conmovería las estructuras del globo y la catapultaría como única líder económica y política mundial. Inglaterra estaba sumida en feroces y sangrientas luchas civiles y religiosas que no terminaron hasta la «Revolución Inglesa» de 1688 – 1689, luego de la cual, las dos principales facciones en pugna — *whigs* y *tories* — acordaron el *Revolution Settlement*, verdadero acuerdo de unión nacional que, con el tiempo, les permitió llevar adelante todas las reformas institucionales y económicas que sentarán las bases para su industrialización, motivo por el cual esta revolución fue llamada «la revolución de la sensatez»¹⁹⁰.

Así se revela que el Estatuto de los Monopolios fue dictado cuando Inglaterra era una economía de segundo orden y toda su fisonomía estaba más vinculada con el pasado medieval que con el porvenir industrial.

Recién en la tercera década del siglo XVIII podrán observarse los cambios que desembocarán en la industrialización de Inglaterra¹⁹¹. Hasta podría fecharse en el año 1733 cuando John Kay inventa la devanadera volante. Pero justamente, en contra del relato romántico y hasta épico que vincula el nacimiento del sistema de patentes con la industrialización, es en esta época cuando aparece una enorme hostilidad hacia las patentes, convirtiéndose sus titulares, en muchos casos, en personas enormemente impopulares. En 1745, John Kay, perseguido por sus oponentes que se negaban a pagar los *royalty* que él exigía para el uso de su máquina patentada, debió dejar la ciudad de Leeds y se asentó en Bury. Sus opositores lo siguieron y en el medio de un tumulto saquearon su casa, el desdichado inventor huyó a Francia oculto en una bolsa de algodón. Kay no pudo

¹⁸⁹ V. ZAMAGNI, *óp. cit.*, pp. 88 - 89.

¹⁹⁰ G. M. TREVELYAN, *La Revolución Inglesa 1688 – 1689*. Traducción de Florentino M. Torner, sexta reimpresión en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 9 y ss.

¹⁹¹ P. MANTOUX, *óp. cit.*, p. 25.

obtener los frutos de su invento pero, a pesar de él, el uso de su invento se generalizó y en 1760 comenzó a sentirse su influencia en el sector y de hecho, se trató de un invento que revolucionó la industria del algodón¹⁹². Sir Richard Arkwright, tuvo más suerte, porque gracias a su patente sobre la máquina de hilar, se convirtió de barbero en millonario. Sin embargo, fue constantemente hostigado y muchas personas afirmaron que se había copiado su invento de otros¹⁹³.

¹⁹² *Ibidem.*, p. 207-208.

¹⁹³ Richard L. HILLS, "Sir Richard Arkwright and His Patent Granted in 1769", *Notes and Records of the Royal Society of London*, Vol. 24, N° 2 (Abril, 1970), p. 22.

IV

EEUU: LOS PADRES DE LA CONSTITUCION SIGUEN A INGLATERRA

1. Inglaterra despega.

En los años postreros del siglo XVIII y durante el siglo XIX, Inglaterra se convirtió en la reina de los mares. Al famoso *mare liberum* de Grocio, ya le había antepuesto el no menos célebre *mare clausum* (1635) escrito por John Selden (1584 – 1645). Inglaterra desplazó a Holanda y hasta se dio el gusto de lavar la afrenta conferida por su rival más allá del océano, rebautizando en América del Norte a «Nueva Ámsterdam» como «Nueva York». Venecia le cedió a Holanda el predominio económico mundial durante los siglos XVI y XVII y ahora es el turno de Inglaterra.

A fines del siglo XVIII, Inglaterra había realizado una serie de reformas institucionales y económicas que generaba la sensación entre sus competidores de que los británicos estaban a punto del despegue. Sensación que en poco tiempo se convirtió en realidad. Inglaterra instauró un fuerte parlamentarismo, un sistema de control popular para la fijación de impuestos, diseñó un derecho dinámico que le permitía adaptarse rápidamente a los cambios y, en lo económico, realizó una eficaz reforma agraria. Su economía será objeto de reformas estructurales tan rápidas y trascendentes que se los relacionará con una «revolución».

Los países testigos de estos cambios y del auge comercial y manufacturero inglés, aun viéndose rezagados, se sentían no obstante con ventajas comparativas imitaron a Inglaterra. Es el caso de EEUU después de lograr su independencia. Tal vez pueda verse en esta emulación la razón por la cual un país sin inventores ni inventos reguló la protección de las invenciones.

Hasta fines del siglo XVIII, las colonias de Norteamérica dependían principalmente de la agricultura; no más del diez por ciento de la mano de obra era contratada en manufacturas¹⁹⁴.

En la etapa pre industrial, el desarrollo de EEUU se valió de la corriente tecnológica existente y de la «capacidad de aprender» de Gran Bretaña¹⁹⁵. Estos desarrollos fueron acumulativamente muy importantes y sirvieron para acrecentar la producción y el comercio, a través de la difusión de nuevos procesos y productos, aumentando además, el stock de conocimientos disponibles¹⁹⁶. Ante el aumento de la producción y satisfecho el mercado interno, el comercio internacional se convirtió en una posibilidad rentable y ventajosa y ello hizo que aumentara el interés por las innovaciones¹⁹⁷.

Durante este período, EEUU no buscó restringir su necesidad de incorporación de conocimientos mediante un sistema de patentes rígido, sino antes por el contrario, lo modeló al servicio de esta insuficiencia de luces. La oposición a las patentes en EEUU se registraba de la misma forma que en Europa. Algunas colonias ya habían dictado normas muy restrictivas para la protección de los inventos y, después de dictada la Constitución y las leyes de patentes dictadas en su consecuencia, el sistema legal —sobre todo, en casos de inventos importantes— fue contrario a las patentes y los tribunales deliberadamente las anulaban.¹⁹⁸

Sobre el curso del siglo XIX, la economía se volvió cada vez más dependiente de la industria y a partir de entonces, la demanda de protección en materia de patentes fue en aumento¹⁹⁹, en la medida que necesitaron proteger sus propios desarrollos tanto en el país como en el exterior. Ello no puede significar sino lo siguiente: que EEUU, como los demás países hoy industrializados, en su fase inicial de desarrollo, tuvieron niveles de protección en materia de propiedad

¹⁹⁴ W. FISHER “The Growth ...” óp. cit., p. 6.

¹⁹⁵ Kenneth SOKOLOFF “Inventive Activity in Early Industrial America: Evidence From Patent Records, 1790 – 1846”, *The Journal of Economic History*, Vol. 48, Nº 4 (Dic., 1988), p. 846.

¹⁹⁶ Loc. cit.

¹⁹⁷ Loc. cit.

¹⁹⁸ Z. KHAN, óp. cit., p. 59.

¹⁹⁹ W. FISHER, óp. cit., p. 6.

intelectual muy débiles debido a su necesidad de incorporación de conocimientos²⁰⁰. Desde esta perspectiva exclusivamente utilitaria, se fundó el sistema de patentes norteamericano.

2. El Artículo I. 8(8) de la Constitución de los EEUU: Antecedentes, fuentes y fundamentos.

El texto del Artículo I, Sección 8 (8) de la Constitución de EEUU —que generalmente la doctrina indica como la piedra basal del «modernísimo derecho de patentes»— otorga facultades al Congreso para:

... promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles asegurando, por tiempo limitado, a los autores e inventores los derechos exclusivos de sus respectivos escritos y descubrimientos

De los antecedentes del debate de este artículo surgen las prevenciones que por esta época suscitaban las patentes. Transcurrido tres meses desde que la Convención Constituyente se reuniera por primera vez el 14 de mayo de 1787, ya se había discutido minuciosamente el texto de la Constitución y, sin embargo, ninguna norma sobre patentes figuraba en su texto²⁰¹. Fue entonces cuando James Madison propuso un sistema de premios como alternativa explícita al sistema de patentes²⁰². Lo cuál no es de extrañar, porque durante el siglo XVIII el Parlamento inglés ofrecía a los inventores premios con tal de que no patentaran sus inventos. La propuesta, presentada el 18 de agosto de 1787, otorgaba facultades al Congreso para «promover mediante primas y estipulaciones, el adelanto de los conocimientos útiles y descubrimientos»²⁰³. Esta propuesta no recibió finalmente el apoyo de los constituyentes: no porque ello implicara un menoscabo a los derechos de los inventores sino porque se estimó que resultaría excesivamente

²⁰⁰ Ha – Joon CHANG *Rethinking Development Economics*, London, Anthem Press, 2003, p. 267.

²⁰¹ Kenneth DOBYNS *History of the United States Patent Office. The Patent Office Pony: A History of the Early Patent Office* (en línea), capítulo 4º, p. 17. Dirección URL: <http://www.myoutbox.net/popch04.htm> (consulta 25 de enero de 2010). El relato de DobyNS sobre el debate del artículo I.8(8) de la Constitución de EEUU, es coincidente con el de L. H. CAMPBELL, óp. cit., cap. III, pp. 1 y ss.

²⁰² F. M. SCHERER, óp. cit., p. 114.

²⁰³ K. DOBYNS, óp. cit., p. 18.

onerosa²⁰⁴. El mismo día que Madison presentó su propuesta, el delegado por Carolina del Sur, Charles Pinckney, presentó una propuesta para otorgar poder al Congreso para «conceder patentes de invenciones útiles»²⁰⁵.

Ambas propuestas pasaron a estudio y de la fusión de una y otra, parece haber salido el primer borrador del artículo I.8.(8), el cual, a la par que otorgaba facultades al Congreso para conceder derechos exclusivos para inventos útiles, contenía una provisión por la cual se facultaba al Congreso a otorgar primas para fomentar el desarrollo de conocimientos útiles y descubrimientos, como una alternativa a las patentes²⁰⁶. Finalmente, el 5 de septiembre de 1787 una comisión recomendó la actual redacción del artículo I.8(8)²⁰⁷. Estos antecedentes no muestran un irrefrenable impulso de los Padres de la Constitución de EEUU por investir a los inventores de un nuevo derecho; al contrario, la posibilidad de otorgar premios y no patentes estuvo en el tapete.

En cuanto a la fuente del artículo I.8.(8) de la Constitución de 1787, un intérprete autorizado de la Constitución de EEUU como el mismo J. Madison, confirma en *El Federalista*²⁰⁸, que la decisión de proteger las invenciones se tomó de Gran Bretaña²⁰⁹. Otro comentarista de enorme prestigio, como el Profesor de la Universidad de Harvard, Joseph Story, no sólo ratifica el origen británico de la norma, sino que agrega «de igual modo, fue resguardado en el estatuto de

²⁰⁴ W. FISHER, óp. cit., p. 8.

²⁰⁵ K. DOBYNS, óp. cit., p. 18.

²⁰⁶ El primer borrador del artículo I.8.(8) decía: "To secure to literary authors their copy rights for a limited time; To encourage, by proper premiums and provisions, the advancement of useful knowledge and discoveries; To grant patents for useful inventions; To secure to authors exclusive rights for a certain time; and To establish public institutions, rewards and immunities for the promotion of agriculture, commerce, trades, and manufactures." (Extraído de W. FISHER, óp. cit., p. 8).

²⁰⁷ K. DOBYNS, óp. cit., p. 18.

²⁰⁸ *El Federalista*, aparecido el 28 de mayo de 1788, es el nombre con el que dio a luz el segundo tomo de la obra que reunió todos los artículos que, bajo el seudónimo de «Plubio», fueron escritos por Hamilton, Madison y Jay, en el período que abarcó desde el mes de octubre de 1787 a mayo de 1788, para defender y explicar la Constitución y que fue declarado por la Corte Suprema de los EEUU, como un instrumento válido para interpretar la Constitución en la causa «McCulloch vs. Maryland», fallado en 1819 y ratificado por numerosos fallos posteriores. (Ver Segundo V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, tomo III, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1981, pp. 147 y ss.)

²⁰⁹ Ver A. HAMILTON; J. MADISON y J. JAY, *The Federalist a commentary on the Constitution of the United States*, Philadelphia, J.B. Lippincott, 1864, p. 150.

monopolios en el reinado del Rey Jacobo Iº»²¹⁰. Y ya se ha visto que en Inglaterra la teoría de la propiedad natural como fundamento de la protección a los inventos no prosperó y que bajo el Estatuto de los Monopolios el derecho concedido continuó siendo un *grant*.

Story brinda un fundamento claramente utilitarista del sistema de protección:

Fue sin duda por el conocimiento del Common Law y derechos legales de autores e inventores, que nosotros le atribuiremos a los mismos carácter constitucional. Fue beneficioso para todas las partes que el gobierno nacional poseyera este poder; para los autores e inventores porque, de otra forma, ellos hubieran estado sujetos a la variedad de las leyes y sistemas de los diferentes Estados sobre este tema, lo cual hubiera debilitado y podría hasta haber destruido el valor de sus derechos; para el público, ya que permitiría a la gente después de un pequeño intervalo la total posesión y goce de todos sus escritos e inventos sin restricción. En conclusión, el único incentivo, que podría ofrecérsele a los inventores para revelar los secretos de sus descubrimientos, sería el exclusivo derecho y ganancia de ellos, como un monopolio por un período limitado²¹¹.

De esta revelación puede inferirse en primer lugar, que la protección de las invenciones es un «poder», una prerrogativa del gobierno nacional: «Fue beneficioso para todas las partes que el gobierno nacional poseyera este poder». Sobre la facultad discrecional que se reserva al Congreso para determinar qué se protege, cómo y por cuanto tiempo, Story, no deja lugar a dudas:

La regla es general, la garantía a los inventores; y descansa en la sólida discrecionalidad del Congreso para decidir cuándo y por qué tiempo y bajo que circunstancias la patente para una invención será otorgada. No hay ninguna restricción, que limite el poder del Congreso de promulgar, dónde la invención no ha sido conocida o usada por el público²¹².

Esto es el reconocimiento de que el inventor no tiene derecho previo alguno, sino que es el Congreso el que determinará, por medio de la ley, qué

²¹⁰ Ver J. STORY, *Comentarios on the Constitution of the United States: with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states, before the adoption of the Constitution*, Boston, Little, Brown and company, 1858, p. 88.

²¹¹ J. STORY, óp. cit., p. 88.

²¹² Loc. cit.

inventos pueden ser patentados. Y es que en EEUU —como en Inglaterra— la patente sigue siendo un *grant* y de hecho, en la literatura norteamericana de la época no se habla de «*patent*», sino de «*grant patent*».

El segundo rasgo a destacar es que el sistema de protección reposa sobre una sólida justificación económica y social: el progreso de las ciencias y de las artes útiles, donde el sujeto beneficiado del sistema en primer término es el «público» —no los inventores— «ya que permitiría a la gente después de un pequeño intervalo la total posesión y goce de todos sus escritos e inventos sin restricción». Sobre el particular la Suprema Corte de los EEUU consideró, en forma reiterada, que el artículo I.8.(8) de la Constitución había sido dictado a favor del bienestar general y no del inventor y que por ende, no puede impedir el desarrollo de inventos que son ventajosos para el público²¹³. Así, *in re* “Warner vs. Smith”, la Corte sostuvo que el artículo I.8(8) había sido dictado

... no en beneficio del inventor principalmente, sino del público. El interés del público es por consiguiente, la principal consideración contra éstos los privilegios concedidos a los inventores son secundarios y subordinados²¹⁴.

Recalcando esta interpretación, el título de la ley de patentes norteamericana de 1790 lo dice todo: no se llama «Ley de patentes de invención»; ni «Ley que regula el derecho de los inventores» sino *Act to promote the progress of useful Arts* (Ley para promover el progreso de las artes útiles).

En tercer lugar, la protección se materializa por medio de un derecho exclusivo que concede el gobierno, descartando que el inventor tenga un derecho previo y que la patente sea consecuencia de ese derecho, antes por el contrario, la patente es un privilegio exclusivo —designado en el texto de la constitución como «derecho exclusivo», pero que tiene los mismos efectos jurídicos y económicos— que el poder soberano —Congreso— concede como «medio» en vistas a un «fin» precisamente determinado: el progreso de las ciencias y las artes útiles.

²¹³ V.R.J, “The Conflict between a Patentee’s Right to Monopoly and a State Anti-Monopoly Statute”, *Michigan Law Review*, Vol. 10, N° 1(Nov., 1911), p. 48.

²¹⁴ Loc. cit.

Esta interpretación será convalidada por la Corte Suprema de Justicia de los EEUU. Poli, luego de estudiar la jurisprudencia norteamericana concluye:

El sistema de patentes norteamericano se funda en el razonamiento de que, siendo necesarios más inventos e innovaciones de los que existirían de no mediar incentivos especiales, el otorgar a los inventores un monopolio legal temporal limitado constituye el mejor método de proveer tal incentivo. La Corte Suprema parece haber aceptado este razonamiento al exigir que las patentes sean concedidas solamente para inventos y descubrimientos que aumenten el caudal de conocimientos humanos, sean nuevos y útiles y de los cuales el público obtenga beneficios económicos y sociales específicos, rechazando la teoría del derecho natural o propiedad del inventor²¹⁵.

Thomas Jefferson, redactor de la Declaración de la Independencia, Presidente de los EEUU, impulsor del *patent system* y miembro del primer *Patent Board* encargado de estudiar las solicitudes de patentes, no deja dudas al momento de rechazar la teoría de la propiedad:

Algunos, sobre todo en Inglaterra han sostenido que los inventores tienen un derecho natural y exclusivo sobre sus invenciones... Pero la existencia de una propiedad derivada de la naturaleza es muy discutible... Nada ha creado la naturaleza menos susceptible de propiedad que las ideas, cuya divulgación permite un goce universal... Los inventos, por su naturaleza, no pueden ser objeto de propiedad, y la sociedad sólo puede conceder un derecho exclusivo a los beneficios derivados de su explotación, para fomentar la actividad inventiva. Pero esto puede hacerse o no, según la voluntad y la conveniencia de la sociedad²¹⁶.

El criterio utilitarista de justificación del sistema de patentes queda absolutamente en claro cuando Jefferson señala que la protección de los inventos «puede hacerse o no, según la voluntad y la conveniencia de la sociedad»; dicho en otras palabras, el fin del sistema no es proteger al inventor, sino que su necesidad reposa en un interés económico nacional superior, por lo demás, proteger o no a los inventos es una alternativa. Si se protege las invenciones, es

²¹⁵ Iván POLI «La patente de invención como instrumento monopólico en el derecho norteamericano», *Revista de Derecho Industrial*, N° 1, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 34.

²¹⁶ Citado por Pascual DI GUGLIELMO, *La invención patentable. Comentario de la Ley 111 y el Subdesarrollo Industrial de la República*, Buenos Aires, Víctor P. De Zavalía Editor, 1968, pp. 20-21.

porque se considera que es el camino más idóneo para promover el progreso de la ciencia y la tecnología.

3. La continuidad medieval del sistema de patentes de EEUU.

El artículo I, 8 (8) de la Constitución de 1787 dio facultades al Congreso para otorgar «derechos exclusivos» a autores e inventores con el objeto de fomentar el progreso de las ciencias y las artes.

Mas esta facultad no implicó el reconocimiento de un derecho universal de los inventores, antes por el contrario, la primera ley de patentes dictada en 1790 no permitía a los extranjeros patentar sus inventos en los EEUU²¹⁷. Resulta relevante señalar que por entonces, EEUU era un importador nato de tecnología²¹⁸. De tal modo, un invento que en Alemania se encontraba protegido por patente en Norteamérica no sólo se encontraba en el dominio público, sino que esta situación no podía cambiar en virtud de la prohibición establecida. Se trataba de una norma dispuesta expresamente para apropiarse de los inventos foráneos, heredera de la «capacidad de recepción» de la Europa medieval, al mismo tiempo que fomentaba la innovación local. Y es que, como señala Sokoloff, durante la era pre industrial, EEUU se valió para su desarrollo de la corriente tecnológica existente y de la capacidad de «aprender» de los avances de Gran Bretaña²¹⁹.

Posteriormente, una reforma de 1800 admitió que un forastero patentara su invento si acreditaba dos años de residencia en EEUU. Pero lo tribunales le agregaron un requisito más para que la solicitud sea admitida en este caso, pues interpretaron que bajo el amparo de esta norma, no resultaba admisible la concesión de la patente si el invento había sido realizado en el exterior²²⁰. La exigencia de los tribunales en cuanto a que el invento debía ser desarrollado en EEUU, tiene dos implicancias directas: a) Si un invento fue desarrollado en el

²¹⁷ BIRPI (Bureau International de la Propriété Industrielle), *Recueil General de la législation et des traités concernant la propriété industrielle*, tomo I, Berna, 1897, pp. 313 y ss.

²¹⁸ COMISIÓN SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA, óp. cit., p.24.

²¹⁹ K. SOKOLOFF, óp. cit., p. 846.

exterior —invento extranjero— no tenía sentido otorgarle protección, antes por el contrario, bastaba tomarlo y usarlo libremente dentro de los EEUU y b) el invento debía ser explotado en los EEUU. Este es un aspecto importante, porque muestra que el sistema de patentes norteamericano requería la exigencia de explotación local, tal como lo exigían los primeros privilegios exclusivos para inventos concedidos por las colonias antes de la federación²²¹.

En 1832 otra ley permitió conceder patentes a todo extranjero residente que al momento de presentar su solicitud declarara su intención de hacerse ciudadano norteamericano²²². El objetivo manifiesto de esta norma reposaba en el deseo de atraer a los innovadores europeos, la misma política de seducción varias veces secular del Viejo Continente.

Recién una ley del año 1836, cuando el ingreso a la Segunda Revolución Industrial era inminente y EEUU necesitaba proteger sus inventos en el exterior, permitió patentar los inventos extranjeros, pero así y todo, las tasas eran mayores que las dispuestas para los nacionales. Un ciudadano norteamericano pagaba treinta dólares mientras que los extranjeros debían pagar diez veces más, es decir, trescientos dólares y los británicos quinientos²²³. Obviamente, se trataba de impedir las patentes solicitadas desde el exterior, fundamentalmente desde Inglaterra, de donde se tomaba el mayor número de innovaciones. Únicamente a partir de 1861 se trató a los extranjeros de una forma no discriminatoria. En su Informe Anual de 1858, el Comisario de Patentes de Estados Unidos afirmaba:

Es un hecho, tan significativo como deplorable, que de las 10.359 invenciones realizadas en el extranjero durante los últimos doce meses, únicamente 42 han sido patentadas en Estados Unidos. Las tasas exorbitantes que se imponen a los extranjeros, y la severidad de la discriminación injuriosa en contra de los mismos, explican suficientemente esta situación [...] Se podría concluir que el gobierno de este país considera las invenciones de otros países como algo intrínsecamente peligroso, incluso nocivo, y opina que es justo y políticamente acertado imponer cargas fiscales sobre la introducción de las mismas, al igual que se impondrían cargas sobre la importación de una sustancia venenosa. Hay otra perspectiva más noble, una perspectiva que

²²⁰ F. M. FORBES, *óp. cit.*, p.134.

²²¹ L. H. CAMPBELL, *óp. cit.*, cap. II, p. 1.

²²² *Loc. cit.*

concuera más con el espíritu progresivo de nuestra época y que aclama los frutos del genio inventivo, sin importar el clima donde hayan madurado, como la propiedad común de todo el mundo, y les da una bienvenida cordial, ya que estos frutos representan bendiciones sobre la raza humana y tratan de mejorarla²²⁴.

Estas políticas también fueron adoptadas por otros países europeos que, imitando la Revolución Industrial inglesa, apostaban a la copia para el despegue. Por ejemplo, Suecia no permitió acceder al sistema a los extranjeros sino hasta el año 1834, cuando una nueva norma fue dictada. Pero según esta última ley, los extranjeros debían fijar domicilio en Suecia en el plazo de un año, caso contrario estaban obligados a ceder la patente a un ciudadano sueco. Y la ley de los Países Bajos de 1817, iba aún más lejos: por su art. 8° establecía la nulidad de la patente concedida, si su titular solicitaba en el extranjero otra patente para el mismo invento²²⁵.

La ley norteamericana de patentes de 1790, disponía un trámite donde intervenían el Secretario de Estado, el Fiscal General de los EEUU y no extrañamente, el Secretario de Guerra. Según dicha norma, el sujeto de derecho es «el primer y verdadero inventor» con literal e indisimulada correspondencia con el Estatuto de los Monopolios inglés. Al igual que éste último y el Estatuto de Venecia y sin ambición alguna de originalidad exige: novedad, altura inventiva, aplicación industrial, descripción —«*clearly, truly and fully*»— penalidad para los infractores, plazo limitado en el tiempo —igual que el Estatuto de los Monopolios, catorce años— y concede las exclusivas de fabricación y comercialización.

Así se revela que los objetivos de estas leyes y su regulación, lejos de instaurar un «nuevo sistema de patentes» son consistentes con la ley de Venecia, el Estatuto de los Monopolios Inglés y los privilegios exclusivos medievales y de la Edad Moderna. De ahí, que el anuncio de un «nuevo» sistema de patentes surgido de la Constitución de los EEUU de 1787 tintinea un tanto presuntuoso.

²²³ Loc. cit.

²²⁴ Citado por COMISIÓN SOBRE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA, óp. cit., p. 24.

²²⁵ M. DUMONT, “Luxembourg (Gran-Duché de). Notice générale et Notes”, en BIRPI, óp.cit., tomo II, p. 117.

4. La supuesta dicotomía entre «privilegios exclusivos» vs. «patentes»

Las colonias norteamericanas, antes de la Constitución de 1787, dictaron privilegios exclusivos ya para nuevos productos o procesos, ya para aquellos inventos que apropiados del exterior eran ingresados en sus territorios, por quien no era su inventor. El primer privilegio que se conoce, fue otorgado en 1641 en Massachussetts a Samuel Winslow por un nuevo método para fabricar sal²²⁶.

Dado que el artículo I.8.(8) de la Constitución de EEUU otorgó facultades al Congreso para conceder «derechos exclusivos» solamente para proteger obras e inventos, podría considerarse que de esta forma se abolió la posibilidad de dictar derechos exclusivos de objeto ampliado, es decir, que recayere sobre materia que no constituyere inventos. Pero esto sería un error.

En el primer borrador del artículo I.8.(8) de la Constitución de los EEUU, se otorgaba mayores poderes al Congreso para fomentar el progreso de la agricultura, el comercio y la industria²²⁷. Finalmente se consideró que ello implicaba darle mucho poder al Congreso y la autorización fue dada exclusivamente para conceder derechos exclusivos a autores e inventores²²⁸. En la base de esta decisión primó el recelo de los Estados al gobierno federal y no la repulsa a los privilegios exclusivos de objeto ampliado.

Es más, luego de la sanción de la Constitución, una dura discusión se dio en el país, conocido en la doctrina norteamericana como el debate por las «mejoras materiales». Se intentaba determinar, en particular, si el Congreso podía otorgar privilegios exclusivos que no tengan por objeto obras o inventos, como un medio para promover y proteger las manufacturas del país. De hecho, el Congreso dictó múltiples de estos privilegios²²⁹.

²²⁶Travis BROWN *Historical First Patents. The First United States Patent for Many Everyday Things*, London, The Scarecrow Press, Inc., 1994, p. 2.

²²⁷J. STORY, óp. cit., p. 90.

²²⁸Loc. cit.

Ahora, si se discutía la facultad de dictar privilegios exclusivos por parte del Congreso Federal, no se abrigaba duda que los Estados que formaban la Unión pudieren hacerlo libremente y sobre cualquier manufactura aunque no sea un invento y fuere o no conocida, en la medida que no interfiriera con los poderes federales. Desde 1812, las Cortes de Nueva York y otros Estados, establecieron la doctrina de que resultaba «absurdo» considerar que, porque el Congreso Federal se encontrara limitado para otorgar estos privilegios, los Estados no pudieran concederlos por sí. El fallo de la Suprema Corte *in re* «Gibbons vs. Ogden» ratificó en 1824 esta postura²³⁰. Así se revela, que el sistema de patentes no nació en EEUU por oposición al sistema de privilegios exclusivos, ya que el sistema legal general permitía su dictado.

De tal modo, los privilegios exclusivos para industrias no se derogaron ni en Inglaterra ni en EEUU y como se verá, tampoco en Francia, sino que convivieron pacíficamente con los privilegios exclusivos destinados a la protección de inventos.

5. El derecho «a» la patente

El sistema de patentes es un instituto medieval que nació en un sistema económico donde no regía la libertad de comercio ni los principios del libre mercado. El temor a perder competitividad en la carrera por la industrialización, llevó a los EEUU a mantener este instituto, visto por muchos liberales y fisiócratas de la época, como contrario al nuevo orden económico. Para ello, se vistió al antiguo instituto con renovado ropaje, para no desentonar con las ideas libertarias en auge. Como si el impacto de las exclusivas que conceden las patentes —derecho a impedir la fabricación y derecho a impedir la

²²⁹ Ver James KENT, *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos*”, Imprenta polígota de Carlos Ramiro, México, 1878, p. 85.

²³⁰ *Ibidem.*, p. 281. Respecto al caso citado, Kent señala que la Suprema Corte declaró inconstitucional y nulo varios decretos de la legislatura de Nueva York, que concedían a Livigston y Fulton el privilegio exclusivo de navegar buques movidos por vapor en las aguas del Estado, porque pugnaban con la facultad del Congreso de reglamentar el comercio, en la parte en que prohibían la navegación de dichas aguas a los buques matriculados para el comercio de cabotaje, según las leyes. Este fallo despejó toda duda acerca de que los Estados tenían facultad de dictar este tipo de privilegios exclusivos y que el más alto tribunal no se opondría, porque la nulidad sólo recayó sobre aquello que el tribunal consideró una interferencia con el poder de regulación del comercio, por lo demás quedó vigente. (*Ibidem.*, p. 283)

comercialización del invento a cualquier otro competidor— en la economía, en el desarrollo tecnológico y en el público, no fuere igual al de los viejos —y ahora oprobiosos— privilegios exclusivos.

Obviamente, estas leyes de patentes contemporáneas ostentan un mayor refinamiento, fruto no sólo de siglos de evolución del derecho sino fundamentalmente por la influencia de los procesos republicanos, que llevó a adecuar las normas de patentes a las nuevas organizaciones institucionales de los Estados basadas ahora en principios más o menos democráticos.

Si se estudian los sistemas de patentes de todo el mundo se observa que en los países donde se instauran de la mano del constitucionalismo formas republicanas y democráticas de gobierno, se quita de la competencia del poder ejecutivo o del monarca la facultad de conceder privilegios exclusivos y esta potestad se reserva al poder legislativo. Ello ocurrió en Inglaterra, EEUU y Francia y lo mismo acontecerá en otras partes del mundo²³¹. Mas, esto ocurrió en todos los ámbitos del derecho, un claro ejemplo en paralelo es el de la imposición tributaria: una de las primeras potestades que el parlamentarismo inglés le quitó al monarca es la de fijar impuestos.

Además, con el republicanismo se desarrolló y extendió el principio de igualdad ante la ley, lo que implicó que el derecho que se le reconoce a un ciudadano no se le puede negar arbitrariamente a otro bajo las mismas

²³¹ Por ejemplo, el mismo proceso se observa en todos los países sudamericanos desde el momento de la emancipación y hasta la organización institucional definitiva. En un principio la concesión de privilegios exclusivos para inventos fue motivo de polémica, pero donde fueron aceptados fueron dictados directamente por los gobiernos patrios establecidos. Posteriormente se limitó la facultad del poder ejecutivo a conceder privilegios, requiriéndose aprobación legislativa o distintos sistemas de doble control. Mientras que los gobiernos de marcado tinte autoritario mantuvieron este poder. Finalmente, las constituciones otorgan facultades al Congreso para que, con el fin de promover el progreso general, dictar privilegios exclusivos. La diferencia con el sistema norteamericano radica en que las constituciones sudamericanas mayormente otorgan facultades al Congreso no sólo para dictar privilegios exclusivos para obras e inventos, sino también para fomentar la industria. Esta regulación unificada de los privilegios constituye una nueva prueba que la historia de las patentes no se puede disociar de la historia de los privilegios. Sin embargo a principio del siglo XX los juristas harán intrincadas y forzadas interpretaciones de las Constituciones para mostrar al derecho de patentes como un “derecho” previo al inventor y no como un privilegio exclusivo. El caso argentino es un ejemplo claro de como operó y opera la tesis de que el derecho de los inventores no es un privilegio exclusivo, sino un derecho inherente al inventor. (Ver Guillermo E. VIDAURRETA, *Historia del sistema argentino de patentes de*

circunstancias. Este noble precepto general del derecho dio lugar en el ámbito del derecho de patentes al nacimiento del derecho «a» la patente. Es decir, decidido un cuerpo legislativo a proteger mediante patentes determinados inventos, bajo las mismas circunstancias previstas por la ley, el inventor tiene un derecho «a» una patente. Este derecho le permite reaccionar contra la negativa arbitraria a la protección establecida en la ley. Pero antes de dictada la ley, el inventor no tiene ningún derecho, pues los derechos intelectuales no tienen existencia pre normativa. Destáquese bien: el plus de protección adicional que el ordenamiento jurídico concede mediante la patente en el sistema norteamericano, es una decisión político – jurídica de carácter legislativo. Antes de la ley no hay derecho.

Ahora, en todos estos democráticos sistemas institucionales contemporáneos, como el surgido de la Constitución de EEUU de 1787, lo antiguo convive con lo nuevo, en consecuencia los órganos legislativos son los que tienen ahora la facultad de decidir qué inventos se protege y por cuánto tiempo o dicho de otra manera, el poder soberano —antes el monarca, ahora el Congreso— sigue determinando cuáles son los inventos que le conviene al país proteger y cuáles no. Mas, la protección contra la arbitrariedad no implicó en modo alguno la reducción de la discrecionalidad reservada a los poderes públicos para resolver lo mejor —no para el mundo— sino para cada país en la materia.

A través de los años, los legisladores norteamericanos consagraron los derechos intelectuales a la exacta medida de sus necesidades vitales. Ya se dijo que en EEUU no se permitió a los extranjeros patentar sus inventos hasta 1836. De igual modo en materia de derecho de autor, hasta el año 1891, la *Copyright Act* sólo protegía a los autores norteamericanos y no a los extranjeros²³². Es más, hasta el año 1967, la legislación de los EEUU, supeditó la protección de las obras extranjeras a que la reproducción de las obras fueren realizadas mediante elementos manufacturados en ese país²³³. Ello retrasó el ingreso de Estados Unidos en el Convenio de Berna sobre Derechos de Autor hasta 1989, más de 100

invención (1580 – 1863): propiedad intelectual en la Constitución Nacional – Antecedentes, fuentes e interpretación, Buenos Aires, Editorial La Ley S.A., 2007, p. 105.)

²³² Carlos A. VILLALBA y Delia LIPSZYC *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006, pp. 327 - 328.

²³³ Z. KAHN, *óp. cit.*, p. 59.

años después que el Reino Unido²³⁴. Por esta razón en los libros ingleses figuraba esta leyenda en la portada: «*For copyright reasons this edition is not for sale in the U.S.A.*» (Por razones de *copyright*, esta edición no está a la venta en EEUU). Salta a la vista, que como todo verdadero conjunto no puede resultar más que de elementos verdaderamente asociables, no es posible postular que los norteamericanos hubieran «evolucionado» durante el siglo XIX en materia de derecho de patentes al punto de crear un «moderno sistema de protección» y al mismo tiempo tuvieran una actitud retardataria respecto de la protección de obras literarias.

²³⁴ COMISIÓN SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA, óp. cit., p. 24.

V

FRANCIA: LA DUDA REVOLUCIONARIA

1. El debate sobre los derechos intelectuales en el *Ancien Régime*.

El estudio del sistema de patentes en Francia no puede realizarse sin contemplar paralelamente el devenir de las normas reguladoras del derecho de autor, habida cuenta que ambos sistemas de protección se han influido recíprocamente. Ello resulta particularmente cierto en lo referido a la aplicación de la teoría de la propiedad, como fundamento del derecho de patentes. Ello es así, dado que la teoría de la propiedad fue desarrollada primeramente en el ámbito del derecho de autor para luego servir como soporte de la ley de patentes de 1791. Concomitantemente, las severas restricciones establecidas por entonces para la protección de los inventos nutrió de fundamentos a los opositores de esta teoría en el campo del derecho de autor.

En el año 1618 los editores e impresores de París constituyeron una corporación denominada *Librairie*, que tenía el control general del comercio de libros. Los miembros del gremio se distribuían a su gusto los privilegios exclusivos de impresión concedidos por el monarca. La administración de la *Librairie* era compleja, porque también involucraba a funcionarios designados por el gobierno, por ejemplo, su director general²³⁵. Estos privilegios exclusivos parisinos generaban la protesta de los editores de las provincias francesas, que se veían impedidos de imprimir las mismas ediciones en sus territorios. Asimismo, la *Librairie* recibía duras críticas y embates por abusar de los autores al aprovecharse de su poder de negociación, fruto de su mayor preeminencia económica.

²³⁵Roger CHARTIER, *Denis Diderot. Carta sobre el comercio de libros*. Traducción y notas de Alejandro García Schnetzer, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 29.

En el año 1723 se dicta un reglamento muy ajustado a los intereses de los editores parisinos, levantándose airadas protestas cada vez más resonantes. Ante estos reclamos, la *Librairie* decide contratar los servicios del abogado Louis Héricourt con un mandato explícito: fundamentar que los privilegios exclusivos son el reconocimiento de «un derecho natural» de los editores²³⁶. Héricourt culmina su tarea en 1726 y, fiel a su manda, propone que el privilegio exclusivo no es más que la confirmación de un derecho de propiedad anterior, que opera cuando el autor decide transmitir al editor la obra. Y con un argumento fundamentalmente similar a las ideas de Locke respecto a la propiedad sobre la cosa, sostiene que es el fruto del trabajo del autor lo que genera el derecho de propiedad²³⁷. Aunque Héricourt omitió señalar que el reglamento de 1723 sólo permitía a editores e impresores participar en el negocio de los libros, motivo por el cuál el autor no tenía otra posibilidad que acabar negociando con los editores, ya que el autor tenía vedado editarlos por sí mismo²³⁸. El argumento conducía a un nuevo problema: ¿el derecho debe ser limitado en el tiempo? Héricourt reconoce que estrictamente como toda propiedad debería ser perpetuo²³⁹.

Un punto de inflexión lo constituye el año 1750, porque al frente de la Dirección General de la *Librairie* desfilarán funcionarios más permeables a las críticas dirigidas a los impresores parisinos y se instalará la idea de que los privilegios exclusivos deberían recaer sobre los autores, quienes además, deberían tener la libertad de participar en el comercio de libros. De hecho, así se hizo en numerosos casos lo que provocó la reacción de la *Librairie* dispuesta a dar batalla en todos los frentes al ver amenazados sus privilegios.

En un caso que enfrentará a la *Librairie* con un editor de Lyon de nombre Jean Marie Barret en 1760, éste último se defenderá argumentando que un libro, como cualquier otra mercancía, una vez puesta en el comercio puede ser libremente reproducido y que por ello el rey no puede conceder un privilegio

²³⁶ Raymond BIRN, «Profits of Ideas: Privileges en Librairie in Eighteenth-Century France», *Eighteenth-CenturyStudies*, Vol. 4, Nº 2 (Invierno, 1970 – 1971), p. 144.

²³⁷ *Ibidem.*, p. 145.

²³⁸ *Loc. cit.*

²³⁹ *Loc. cit.*

exclusivo que restrinja su circulación²⁴⁰. Como lo expresa Birn: «evidentemente, Barret invoca la medieval noción de copia libre contra la absolutista doctrina de la gracia real»²⁴¹.

En 1761 otro caso sacude el mundo editorial de París. El Consejo del Rey, por recomendación del Director General de la *Librairie*, Guillaume-Chrétien de Lamoignon de Malesherbes decidió negar a los editores parisinos la prórroga del privilegio exclusivo para la reedición de *Fables* de Jean de La Fontaine (1621 - 1695), famosísima obra que consiste en 241 fábulas publicadas por primera vez entre 1668 y 1694 y cuyas ediciones siguen apareciendo en la actualidad²⁴². El privilegio exclusivo le fue dado a la nieta del autor. Ello excitó a la corporación de impresores de París, que consideró violentada la legislación establecida desde antaño. Los editores, viendo amenazados sus privilegios por la reiteración de estos casos, deciden convocar a un personaje de fuste para defender sus privilegios exclusivos: Dennis Diderot (1713-1794), quien prepara un escrito para presentar ante las autoridades²⁴³.

Diderot repite la fórmula de la propiedad:

Yo lo repito: el autor es dueño de su obra, o no hay persona en la sociedad que sea dueña de sus bienes. El librero entra en posesión de la obra del mismo modo que esta fue poseída por el autor y se encuentra en el derecho incontestable de obtener el partido que mejor le convenga para sus sucesivas ediciones [...]»²⁴⁴.

No obstante la invocada teoría de la propiedad, Diderot termina reconociendo que la protección opera por medio de un privilegio exclusivo, pero recomienda no llamarlo así para evitar «la prevención general de los ciudadanos»²⁴⁵. Diderot tiene claro que ante las ideas liberales y la opinión general del público, los privilegios exclusivos no eran muy populares. Luego de

²⁴⁰ *Ibidem.*, p. 151.

²⁴¹ *Loc. cit.*

²⁴² R. CHARTIER, *óp. cit.*, p. 11.

²⁴³ El escrito fue titulado por Diderot, como “*Carta histórica y política dirigida a un magistrado sobre la Librería, su estado antiguo y actual, sus reglamentos, sus privilegios, los permisos tácitos, los censores, los vendedores ambulantes, el cruce de puentes y otros asuntos relativos al control literario*” (*Ibidem.*, pp. 33 y ss.)

²⁴⁴ *Ibidem.*, p. 76.

esta confesión, queda claro que la teoría de la propiedad es antes que nada, un ardid jurídico puesto al servicio de los monopolistas impresores privilegiados de París.

Respecto de las denuncias de abuso a los autores por parte de los editores y de los cuales se había hecho eco un difundido escrito de Jacques Blondel titulado «*Memoire sur les vexations qu'exercent les libraires & les imprimeurs de Paris*» (Memoria sobre las vejaciones que ejercen los libreros e impresores de París), Diderot admite que las ventajas del sistema sólo son para los «talentos conocidos» y reconoce que el autor recién después del tercer libro exitoso, puede negociar mejor la venta de su manuscrito: «Tras el tercer éxito, todo termina; el autor quizá puede hacer un mal trato, pero lo hace más o menos a su guisa»²⁴⁶.

En el año 1762 se produce un hecho en materia de patentes destinado a influir en estos debates. En Francia, como en toda Europa, los inventos se protegían mediante privilegios exclusivos concedidos por el monarca. En aquel año, se dicta un estatuto muy restrictivo destinado a regular la protección de los inventores: se limitó el plazo de protección a quince años; se requería la prueba de utilidad, se establecía el requisito de explotación y se instituía la prohibición de heredar el privilegio. En los fundamentos de este reglamento se señalaba:

Los privilegios comerciales destinados a recompensar el ingenio de los inventores o para estimular la industria que languidece en un ambiente en el que no hay competencia, no siempre han tenido el éxito que se esperaba, sea porque esos privilegios, dados por tiempo indefinido, parecían ser más un patrimonio hereditario que una recompensa personal al inventor [...] La imposibilidad de ejercer estos privilegios es de lo más inconveniente, porque interfiere con la libertad sin dar los resultados que el público tiene derecho a esperar [...]²⁴⁷.

La subordinación de la concesión de los privilegios al bienestar del público es una clara reminiscencia a la escolástica teoría de los monopolios como ya se ha podido apreciar²⁴⁸. Esta concepción de la protección materializada mediante un

²⁴⁵ *Ibidem.*, p. 78.

²⁴⁶ *Ibidem.*, p.

²⁴⁷ E. PENROSE, *óp.cit.*, p. 13.

²⁴⁸ Ver Cap. III, acápite 6.

privilegio exclusivo limitado en el tiempo, como un «medio» al servicio de un «fin» —el beneficio del público— influyó en el debate sobre derecho de autor. Así, cuando al Director General de la *Librairie*, F. Marin fue consultado por el asunto La Fontaine, expresó:

Los privilegios no son más que gracias pasajeras, bien diferente de la posesión de una casa o una tierra. Los editores no son más que comerciantes que venden mercaderías. Ellos obtienen un privilegio para la fabricación y para la venta exclusiva durante un cierto número de años. El Rey luego se vuelve en dueño de transmitir el mismo derecho al autor, al editor o a cualquier otro, según las razones que el pueda tener para decidirse²⁴⁹.

Esta interrelación argumental entre derecho de autor y patentes se verá más claramente en 1776 en la «*Memoire à Consulter*» donde se encuentran resumidas las posturas de los editores de Lyon, Marsella, Ruen y Toulouse. En este escrito se vuelve a afirmar la idea de la copia libre una vez que el producto se puso en el mercado y para reafirmar esta hipótesis se busca parangón con la protección de los inventos, sosteniendo que cuando un inventor vende su producto:

... el le transmite al mismo tiempo el derecho, no de apropiarse del original, pero sin duda de imitar o copiar, si el objeto le es útil o agradable [...] [el soberano concede al inventor] la facultad exclusiva de vender a sus súbditos durante un tiempo limitado la participación y el disfrute de sus invenciones²⁵⁰.

En consecuencia, si eso es cierto en materia de inventos, también debería serlo en materia de obras. En una postura ya más liberal el abogado de la corona dirá en 1777:

Si el derecho natural milita a favor de la propiedad, el beneficio nacional exige que facilitemos el comercio eliminando las trabas que son más o menos embarazosas²⁵¹.

En esta disputa terciarán aquellos que influenciados por las ideas fisiocráticas y liberales, no admitirán ningún tipo de protección, ni para los

²⁴⁹ R. BIRN, óp. cit., p. 154.

²⁵⁰ *Ibidem.*, pp. 159-160.

²⁵¹ *Ibidem.*, p. 160.

autores, ni para los inventores, rechazando de plano la teoría de la propiedad. Es el caso de Condorcet, que en 1776 contestará la carta redactada por Diderot por medio de un escrito titulado «Fragmento sobre la libertad de prensa», donde Condorcet, rechazando todo tipo de privilegios exclusivos ya para inventos, ya para obras, escribe:

Los privilegios tienen en esta materia, como en toda otra, los inconvenientes de disminuir la actividad, de concentrarla en un reducido número de manos, de cargarla de un impuesto considerable, de provocar que las manufacturas del país resulten inferiores a las manufacturas extranjeras. No son, pues, necesarios ni útiles y hemos vistos que eran injustos [...] ²⁵².

Rechazando la teoría de la propiedad:

... no puede haber ninguna relación entre la propiedad de una obra y la de un campo que puede ser cultivado por un hombre, o de un mueble que sólo puede servir a un hombre, cuya propiedad exclusiva, en consecuencia, se encuentra fundada en la naturaleza de la cosa ²⁵³.

Para el célebre Marqués, la propiedad literaria —como las patentes— es de otro orden «no es un derecho, es un privilegio» y, como todos los privilegios, un obstáculo impuesto a la libertad, una restricción evidente a los derechos de los demás ciudadanos. Luego se expide por la libre circulación de los bienes culturales:

Una obra no puede ser protegida por un privilegio exclusivo ni puede ser considerada como una propiedad personal. El progreso necesario de las Luces exige que cada uno pueda componer, mejorar, reproducir y difundir libremente las verdades útiles a todos ²⁵⁴.

En ningún caso las obras pueden ser el objeto de apropiación individual. Finalmente, Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marqués de Condorcet, da un fundamento económico de su postura: sin la protección de las exclusivas que

²⁵² Citado por R. CHARTIER., óp.cit., p.25

²⁵³ Ápod Ibídem., p. 26.

²⁵⁴ Loc. cit.

confieren los privilegios, el precio de la obra en el mercado no podrá ser muy alto, porque si así fuere, habrá otro competidor dispuesto a imprimir la misma obra a un precio más bajo. Dado que el precio del ejemplar bajará, las ediciones originales se venderán más rápidamente y en un mayor número, ya que los imitadores se verán desalentados para imitarla y por esa razón los autores recibirán mayores ingresos²⁵⁵. En contraste, como se recordará, Diderot enviaba al autor a escribir tres libros exitosos para recién luego poder discutir su renta con el editor más o menos en forma favorable.

De modo que el debate en Francia antes de la revolución gira en torno a estos argumentos: a) Los editores e impresores de París proponían la teoría de la propiedad basada en el derecho natural, que partía de la compra del original y consagración del derecho a perpetuidad; b) Quienes buscaban liberar a los autores de las garras de los editores, proponían que el privilegio exclusivo debería caer en mano de los autores, aunque se observara que si el autor como mayormente ocurre no es empresario, siempre terminaría recurriendo a un editor; c) Los editores e impresores de las provincias proponían el principio de copia libre, aunque pareciera que no siempre por intereses muy altruistas; d) En materia de inventos, la protección se materializaba mediante privilegios exclusivos concedidos por el monarca. Ante el abuso de los solicitantes, Luis XVI restringió la protección por medio del Estatuto de 1762; e) Fisiócratas y liberales como Condorcet tenían una oposición conceptual hacia las patentes y el derecho de autor con una sólida fundamentación jurídica, económica y social.

Según Chartier, las opiniones de Diderot y Condorcet son las que finalmente llevarán a la Asamblea a dictar «una legislación ambigua que intentará conciliar sus tesis incompatibles»²⁵⁶. ¿Qué legarán de nuevo en materia de patentes los revolucionarios? Absolutamente nada.

²⁵⁵ *Ibidem.*, p. 28

²⁵⁶ *Ibidem.*, p. 29.

2. Revolución, liberalismo y derogación de los derechos de propiedad intelectual

Para los revolucionarios franceses y en general para los liberales de toda Europa, resultaba necesario destrabar íntegramente las protecciones y restricciones medievales que impedían el libre flujo de la actividad económica. «Creían en una república libre —dice Martínez Arancón— basada en la propiedad privada y el liberalismo económico y la conciencia solidaria para poner límites al egoísmo y la codicia individual»²⁵⁷. Y fieles a este liberal mandato, la Asamblea en la noche del 4 de agosto de 1789 —cuando aún no se había cumplido un mes de la toma de la Bastilla— abolió el régimen feudal y derogó todos los privilegios exclusivos, incluidos los destinados a proteger a los autores e inventores²⁵⁸. El 26 de agosto se aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que nada dice sobre los derechos intelectuales, pero en cambio, en su artículo 11, considera a la libre comunicación de pensamientos y opiniones como «uno de los derechos más preciados del hombre».

Esta es la secuencia de la primera etapa de la revolución francesa: abolición de los privilegios exclusivos y declaración de los derechos del hombre. Este es el período donde se exaltan la universalidad de los derechos del hombre sin fronteras y con una mirada antropocéntrica y ecuménica de la sociedad y el mundo. Un diputado dijo «Queremos hacer una declaración para todos los hombres, para todos los tiempos y para todos los países y servir de ejemplo al mundo»²⁵⁹. El embajador norteamericano Gouverneur Morris, espantado exclamó «... pero estos hombres no están legislando para Francia, lo están haciendo para el mundo»²⁶⁰.

El 22 de mayo de 1790 se vota una moción, que luego será incorporada en el punto IV de la Constitución «La nación francesa renuncia a emprender toda

²⁵⁷ Ana MARTINEZ ARANCÓN, Ana *La Revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989, p. XIX

²⁵⁸ E. PENROSE, óp. cit., p. 13.

²⁵⁹ Louis MADELIN, *Los hombres de la revolución francesa*. Traducción de Amanda Forns de Gioia [s.e.] Ediciones B Argentina S.A., Buenos Aires, 2004 , p. 122

guerra con miras de conquista», borrando de un plumazo mil años de una política nacional que en nombre de la recuperación de los «límites históricos», había querido extender sus fronteras hasta el Rhin²⁶¹. Pacifismo, humanismo, liberalismo, universalismo, derechos del hombre.

La derogación de los privilegios exclusivos significó que por primera vez en la historia económica de Europa desde la Baja Edad Media, un gobierno decidió abandonar la política medieval en materia de protección de los frutos del conocimiento; y es curioso que ello haya ocurrido al mismo tiempo que se renunciara al derecho de conquista.

Los revolucionarios consideraron al sistema de privilegios exclusivos como un instituto incompatible con sus ideas libertarias. Un privilegio exclusivo significaba dar a uno lo que por las leyes del liberalismo debía ser de todos; significaba dar un beneficio que anulaba la competencia y en materia de precios contrariaba al principio fisiocrático del *bon marche*²⁶².

Fuera del orden económico, muchos revolucionarios siguiendo a los hombres del renacimiento y del iluminismo, privilegiaron la libre circulación del conocimiento y fueron reacios a aceptar los derechos intelectuales, en cuanto los observaron como una limitación que levantaba barreras a la libre circulación del conocimiento.²⁶³

Se podrá coincidir o disentir pero, la derogación de las patentes no fue un desvarío de los revolucionarios, sino que es la doctrina liberal de Condorcet y de la Revolución francesa la que impera. A su tiempo, se verá que la misma tesis abolicionista de las patentes surgirá a lo largo del siglo XIX en toda Europa y con mayor intensidad en Inglaterra²⁶⁴.

²⁶⁰ *Ibidem.* p. 24.

²⁶¹ *Ibidem.*, p. 124.

²⁶² R. CHARTIER, *óp. cit.*, p. 22.

²⁶³ P. BURKE *Historia Social...*, *óp. cit.*, p. 194.

²⁶⁴ Ver Cap. VI, acápite 1.

3. La contramarcha revolucionaria

Todo cambiará en la segunda etapa de la Revolución francesa al establecerse la Asamblea General con el rey Luis XVI y sus ministros, que intentarán poner paños fríos al torrente revolucionario. Asimismo, muchos sectores revolucionarios pronto mudarán su opinión sobre la marcha de la Revolución. Luego del triunfo de Valmy²⁶⁵, la Francia revolucionaria ya estaba invadiendo Bélgica y Saboya. Quienes ayer brindaban por la renuncia al derecho de conquista, ahora se entusiasman con la recuperación de las «fronteras naturales». Todo ello, por supuesto, en nombre de los derechos del hombre y en contra del absolutismo monárquico.

En contrapunto con las ideas universales proclamadas en la primera etapa revolucionaria y conjuntamente con ellas, nacía en Francia otra palabra: «Nación». Señala Fevre: «El ejército se volvió nacional, la Asamblea, nacional, la hacienda pública, nacional y hasta los curas debían ser curas nacionales»²⁶⁶. «Nación», «nacionalismo», «Patria», eran palabras que en Francia sonaban cada vez con mayor intensidad y fortaleza a medida que aumentaba su enfrentamiento con Inglaterra, que no sólo con comercio e industria caminaba los primeros tramos de la Revolución Industrial, sino con una gran agresividad militar²⁶⁷. Lo que de paso, sirve para recalcar que cuando ambas naciones, Inglaterra y Francia, diseñaban sus sistemas de patentes lo hicieron en una atmósfera de rivalidad comercial y/o bélica, persiguiendo la eliminación de una sobre la otra y principalmente la aniquilación de su economía²⁶⁸. Sostener que en semejante escenario el sistema de patentes fue diseñado de consuno para el progreso ecuménico de la ciencia y la tecnología no parece realista.

²⁶⁵ En la batalla de Valmy, que tuvo lugar el 20 de setiembre de 1792, los franceses lograron parar el avance del ejército prusiano.

²⁶⁶ Lucien FEVRE, *Europa génesis de una civilización*. Traducción de Joan Batallé, primera edición en castellano, Barcelona, Crítica, 2001, pp. 194 - 195

²⁶⁷ Durante el siglo XVIII, Inglaterra fue responsable directo de la guerra de Sucesión española (1702 – 1713); guerra de la Sucesión austríaca (1739 – 1748); guerra de los Siete Años (1756 – 1763) y la guerra con Francia desde 1792 a 1815 con un año de paz por el Tratado de Amiens en 1793. Sólo participó a la defensiva en la guerra de la Independencia de EEUU (1776 – 1783). (Ver E. HOBSBAWN, *Industria...*, óp. cit., p. 48.)

²⁶⁸ Loc. cit.

Inglaterra se despegaba del resto de las naciones²⁶⁹ y Francia, como lo estaba haciendo EEUU, sintiéndose con ventajas comparativas y con miedo a perder competitividad, también imitó a Inglaterra. Hizo una exitosa reforma agraria como la inglesa y entre otras medidas, escuchó la petición presentada por los distintos sectores interesados, como la Cámara de Normandía que urgía la sanción de una ley de patentes como las anglosajonas²⁷⁰.

Francia, como Inglaterra, durante el *Ancient Régime*, había forjado su política de producción nacional mediante la concesión de privilegios exclusivos²⁷¹ —las *Manufactures privilégiées* (Manufacturas privilegiadas)— pero ahora, abolidos todo tipo de privilegios exclusivos, aún los destinados a proteger inventos, los industriales se sentían descolocados ante una política que se presentaba ante sus ojos como muy poco pragmática. Existía preocupación de que las manufacturas «nacionales» corrieran peligro tanto en el mercado interno como en el mercado internacional a manos de los ingleses. Muchos pensaron que resultaba necesario no sólo volver a la protección de los inventos, sino volver al sistema general de privilegios, para poder permitir en Francia la apropiación e introducción de manufacturas extranjeras que permitieran mejorar la competitividad de la industria.

De tal modo, cuando el rey y sus ministros lograron que la hipérbole del entusiasmo alborotador disminuyera —durante la segunda etapa de la Revolución Francesa— Francia prestó oídos a los reclamos de los industriales, volviendo a las políticas pluriseculares de protección de las invenciones. Así, la Asamblea Nacional aprobó el 7 de enero de 1791, la ley de patentes que, promulgada por el rey Luis XVI «por la gracia de Dios»²⁷², establecía que los derechos del inventor eran un «derecho del hombre» y un «derecho de propiedad».

²⁶⁹ A mediados del siglo XVIII Inglaterra contaba con 6000 barcos mercantes, lo que implicaba una suma varias veces mayor que la marina mercante francesa, su principal competidor. (Ver E. HOBBSAWN. *Industria...*, óp. cit., p. 25).

²⁷⁰ P. C. BREUER MORENO, óp. cit., p. 13.

²⁷¹ P. MANTOUX, óp. cit., pp. 30-33.

²⁷² “*LOUIS, par la grâce de Dieu, et par la Loi constitutionnelle de l’Etat, Roi des Français: A tous présent et à venir: Salut:...*”.

Para beneplácito del público, todos los privilegios exclusivos habían sido abolidos, por lo tanto ahora la Asamblea, no podía presentarse como instaurando unos nuevos privilegios exclusivos destinados a los inventores²⁷³. Seguramente, tuvieron presente a Diderot cuando aconsejaba no hablar de privilegios exclusivos para evitar la «prevención general de los ciudadanos».

Sin duda, los franceses por la elevada pluma de sus ideólogos, fueron los mejores en expresar las ideas libertarias. Los escritos pocos aptos para la acción de Locke, leídos por Voltaire y publicados por un periodista como Brissot, podrían tener efectos explosivos²⁷⁴. Y con la misma retórica explosiva, negaron que la protección a los inventos implicara el reconocimiento de los antiguos privilegios exclusivos y declararon solemnemente que el derecho de los inventores constituía un «derecho del hombre» y un «derecho de propiedad».

Ya en 1790 Mirabeau había redactado la ley de derecho de autor que en 1792, presentará Le Chapelier²⁷⁵ y que primó sobre un proyecto de Sieyès y Condorcet muy restrictivo, que mereció duras críticas de los sectores interesados y la prensa²⁷⁶. La ley de patentes de 1791 fue sancionada teniendo en cuenta el proyecto de Mirabeau de 1790²⁷⁷ y esto explica cómo, la teoría de la propiedad, desarrollada en los antiguos debates sobre derecho de autor durante el *Ancien Régime* —en beneficio de una de las corporaciones más cerradas de Francia como lo fue la *Librairie*— fue trasplantada al derecho de patentes.

Así, el patricio provenzal Gabriel Honoré de Riquetti, conde de Mirabeau, apóstata de los derechos del hombre²⁷⁸, traidor de la revolución al servicio del

²⁷³ P. DI GUGLIELMO, óp. cit., p. 22

²⁷⁴ George CATLIN, *Historia de los filósofos políticos*. Buenos Aires, Ediciones Peuser, 1946, p. 20.

²⁷⁵ Mirabeau falleció en 1791.

²⁷⁶ Anne LATOURNERIE, *Anne Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, [en línea] Cairn/ Assoc. Multitudes, 2001/2, N° 5, p. 43. Dirección URL: http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=MULT&ID_NUMPUBLIE=MULT_005&ID_ARTICLE=MULT_005_0037. [Consulta 29 de enero de 2010]

²⁷⁷ Loc. cit.

²⁷⁸ Mirabeau se opuso a la Declaración de los Derechos del Hombre, en estos términos: «Cuando un país se encuentra sumido en la anarquía lo que hace falta no es hacer una declaración de los derechos sino una declaración de los deberes... No somos salvajes venidos de las riberas del Orinoco a formar una sociedad; tenemos un gobierno preexistente, un rey preexistente, prejuicios preexistentes» (Extraído de L. MADELIN, óp. cit., p. 64.).

rey²⁷⁹, hombre acusado de ser venal —cargo que aceptó aunque jurara que eso no hacía cambiar sus políticas²⁸⁰— pudo decir:

... el despotismo todo lo había encadenado, hasta el pensamiento [...] los descubrimientos de las industrias y de las artes constituyeron propiedad [de los inventores] antes que la Asamblea lo declarara²⁸¹.

La derogación de los privilegios exclusivos a favor de los principios universales de los derechos del hombre sucumbió ante la Nación, de la misma forma que el medieval precepto *scientia donum dei est, unde vendi non potest* debió fenecer ante los intereses de las comunas, en una continuidad histórica inescrutable.

Posiblemente, se podrá coincidir en que la nueva postura de la Asamblea fue más «realista», pero si ello es así, entonces al momento de establecer los fundamentos de los derechos intelectuales en Francia habrá que acordar: o surgen como «derechos del hombre» o aparecen como el resultado de una política económica realista y utilitarista, tanto más cuanto que, durante la Revolución Francesa, cuando el tema de los derechos intelectuales rozó el debate sobre los «derechos del hombre» o «derechos humanos», fue para derogarlos y no para convalidarlos, así fue como el primer impulso libertario de la Asamblea estuvo

²⁷⁹ Llegada la Revolución, Mirabeau, dueño de una funesta reputación por sus deudas y escándalos amorosos – gracias a los cuales conoció varias prisiones y pesó sobre él una condena a muerte que nunca se ejecutó – la nobleza provenzal le negó un escaño y a su despecho logró ser elegido diputado por el tercer estado en tren de prometer que “el despotismo y los privilegios morirán por mis mordeduras”. En el arranque de la revolución Mirabeau tuvo un papel central cuando antes de la toma de la Bastilla, el rey pretendió clausurar la reunión de los Estados Generales y ordenó por medio del marqués de Dreux-Brézé al tercer estado a abandonar el Palacio de Versalles, Mirabeau le contestó con la frase que lo hizo célebre: “Si os han encargado hacernos salir de aquí, tendréis que pedir permiso para emplear la fuerza, pues sólo dejaremos nuestros puestos obligados por las bayonetas”. (Del discurso pronunciado por Mirabeau el 23 de junio 1789. Reproducido por A. MARTINEZ ALARCÓN, óp. cit., p. 64). Mas, al cabo, noble al fin y sintiéndose extraño en su papel de representante del tercer llano, se reconcilió con su Majestad a quien le pidió una paga de 100 luises mensuales por su lealtad en la Asamblea. Luis XVI fue más generoso: le ofreció 300 luises mensuales y un millón al momento de clausura de la Asamblea, para que pudiera sanear sus finanzas. (Ver L. MADELIN, óp. cit., p. 64) Dalton en su discurso de defensa ante el terrible Tribunal Revolucionario que lo llevará al patíbulo, se refiere a Mirabeau como sinónimo de traidor: «¡Y los viles déspotas, de haber sido siempre contrarios al partido, de haber conspirado con Mirabeau y Dumouriez...» (Del discurso de Dalton del 3 de abril de 1794 Extraído de A. MARTÍNEZ ALARCÓN, óp. cit., p. 78). Mirabeau falleció el 2 de abril de 1791.

²⁸⁰ L. MADELIN, óp. cit., p. 64.

²⁸¹ Extraído de P. DI GUGLIELMO, óp. cit., p. 25.

dirigido a derogar los privilegios destinados a proteger inventos y obras, al mismo tiempo que dictaba la Declaración de los Derechos del Hombre.

4. La ley de patentes de 1791

A la ley de patentes de Francia sancionada en 1791, se le ha dado una enorme trascendencia al momento de establecer los fundamentos del derecho de patentes. Ello es así, puesto que esta ley declaró que el derecho de los inventores sobre sus inventos constituía un «derecho del hombre» y un «derecho de propiedad». De ahí que con esta declaración, el derecho de patentes pareciera ahora sí independizarse absolutamente de los medievales privilegios exclusivos. Sin embargo, es posible postular que la ley de patentes francesa de 1791 es tan medieval como la legislación inglesa y norteamericana de la época. Efectivamente, la consideración del derecho de los inventores como un derecho del hombre y un derecho de propiedad obedeció a la galimatías de los revolucionarios que, luego de derogar todos los privilegios exclusivos, incluidos los destinados a proteger a los autores e inventores, no quisieron presentarse ante la sociedad como restableciendo unos nuevos. Lo que es confirmado no sólo porque su regulación guarda un fundamento claramente utilitario sino porque no crea más derechos a favor del inventor que el concedido por las leyes dictados por los países anglosajones que, siempre más prácticos, jamás hablaron de derecho propiedad ni de derechos del hombre.

Respecto de la ley francesa de patentes de 1791, Renouard ha dicho que es un calco de la ley de patentes norteamericana de 1790²⁸²; Penrose que instauró los principios del Estatuto de los Monopolios inglés de 1623²⁸³ y Brauer Moreno que abrevó del Estatuto de Venecia. Que todos estos autores de lugares y épocas tan disímiles tengan opiniones tan diferentes, puede significar lo siguiente: que todas estas normas guardan entre sí igual teleología y regulación.

La ley de patentes francesa de 1791, luego de señalar en su prólogo que el derecho de los inventores es un derecho del hombre y un derecho de propiedad, en

²⁸² Ápud *ibídem.*, p. 21.

²⁸³ E. PENROSE, *óp. cit.*, p. 13.

su Artículo Primero, III, consagrando nuevamente la sana «capacidad de recepción» de la Europa medieval, dispone:

Cualquiera que aporte por primera vez a Francia un descubrimiento extranjero, tendrá los mismos beneficios como si fuera el inventor²⁸⁴.

Como se observa, la ley francesa sin sutileza alguna permite la apropiación de los inventos foráneos ¿Qué clase derechos de propiedad o derechos universales del hombre garantizaba esta norma que autorizaba a los franceses a apoderarse de los inventos extranjeros?

La ley de patentes de 1791 adopta una regulación claramente utilitaria y lejos de instaurar un nuevo régimen, los diputados franceses no le otorgaron al inventor más derechos que los reconocidos por los anglosajones y venecianos.

Efectivamente, la norma francesa es coincidente con la Carta veneciana, el Estatuto de los Monopolios inglés y la legislación norteamericana, a saber:

- a) Establece el requisito de utilidad y novedad;
- b) Exige una descripción exacta para que finalizado el plazo de protección cualquiera pueda reproducirlo. La descripción ineficiente es causa de revocación de la patente;
- c) De la misma forma que se discutió en EEUU y de hecho lo hacía el Parlamento británico, la ley francesa también contempla la posibilidad de otorgar premios (Artículo primero, V-VI);
- d) Establece que la protección es una concesión del Estado a los inventores por medio de un *titre o patente*;
- e) Establecía como plazo de protección cinco, diez o quince años;
- f) En caso de infracción de la ley se disponía el pago de indemnización proporcional, intereses y multa según los casos.
- g) La patente cae si el inventor luego de obtenerla, solicita una patente en el exterior por el mismo invento (Artículo primero, XVI.5)

²⁸⁴ Extraído de Thirion, Ch - J. Bonnet, *De la Legislation Française sur les brevets d'invention.*, traducción propia, París, Belin et Cie. et Ch. Thirion - J. Bonnet, 1904, pp. 162.

- h) Establece el requisito de explotación local.
- i) Las invenciones no pueden ser contrarias a las leyes del reino, a la seguridad pública y a los «reglamentos de policía».

5. Sistema de patentes y sistema de privilegios en Francia.

En primer lugar es importante señalar que si el Artículo Primero, III de la ley de patentes de 1791, establecía que quien aportare por primera vez a Francia un descubrimiento extranjero —sin que fuere su inventor— tendría los mismos beneficios como si fuera el inventor, ello equivale a admitir que se podía obtener una patente —privilegio exclusivo— sobre objeto ampliado, al igual que en Inglaterra y EEUU.

Por otra parte, el último artículo de la ley de patentes del 7 de enero de 1791—absolutamente ignorado por los autores— declara válidos todos los privilegios exclusivos dictados bajo el *Ancien Régime*. Esta provisión hecha por tierra todo argumento tendiente a señalar el nacimiento de un «moderno» sistema de patentes en Francia, como impugnación de los «oprobiosos» privilegios exclusivos del absolutismo y revela los verdaderos propósitos de la Asamblea y que ella jamás dejó de considerar a la patentes como privilegios exclusivos. El texto releva por sí mismo agregar todo comentario:

No es propósito de la Asamblea Nacional atentar contra los privilegios exclusivos anteriormente acordados para inventos o descubrimientos cuando todas las formas legales hayan sido observadas para esos privilegios, los cuales tendrán plenos y enteros efectos y los poseedores de esos antiguos privilegios, estarán sujetos a las disposiciones de este decreto.

Los otros privilegios fundados sobre simples decisiones del Consejo o sobre patentes [el original dice *lettres patentes*] no registradas, serán convertidas, sin gastos, en patentes [el original dice *patentes*] pero solamente por el tiempo que les resta correr, justificando que dichos privilegios han sido obtenidos por descubrimientos e invenciones del género enunciado en los artículos precedentes.

Podrán los propietarios de dichos antiguos privilegios registrar y convertirlos en *patentes*, disponiendo a su voluntad, conforme al artículo XIV²⁸⁵.

Como surge claramente del texto, se reestablecen todos los privilegios exclusivos del *Ancien Régime* con la diferencia que ahora se comenzarán a llamar patentes y más tarde *Brevets d'invention*²⁸⁶ siguiendo a Diderot, cuando aconsejaba que no había que hablar de privilegios exclusivos para evitar la reacción del público. Ello muestra que la percepción de la protección de los inventos mediante un privilegio exclusivo siempre estuvo presente. Sin embargo, las marchas y contramarchas de la revolución actuaron como un limitante para presentarse ante los franceses restableciendo los privilegios exclusivos que poco tiempo atrás habían derogado y que eran impopulares y habían sido atacados por los fundamentos liberales de la propia Revolución Francesa.

La autorización dada por la ley de 1791 a los ciudadanos franceses para patentar como propios los inventos extranjeros y asimismo, el restablecimiento de todos los privilegios exclusivos del *Ancien Régime*, derrumba toda la teoría de los derechos intelectuales como «derecho de propiedad» y por supuesto, niega absolutamente el carácter universal, que por definición, guardan los «derechos del hombre» o «los derechos humanos». Finalmente esta autorización de apropiarse de los inventos extranjeros descubre que en Francia tampoco se derogaron los privilegios exclusivos de industria, es decir, destinados a productos y procesos traídos del exterior, aunque el solicitante no sea el inventor. ¿Cuál es la diferencia de estos privilegios con los de la Edad Media o con los regulados por el Estatuto de Venecia? ¿No comparten acaso la misma teleología?

Pese a todo lo dicho, la consideración de los derechos de los inventores como derecho de propiedad en Francia, fue sólo cuestión de un instante, un minuto en la plurisecular historia del sistema de patentes. Cuando en Francia se dictó la célebre ley de patentes de 1844, se dejó en el olvido la regulación del derecho de patentes como derecho de propiedad para legislarlo más claramente como monopolio, concedido por el Estado, durante un tiempo limitado²⁸⁷. Usando la misma terminología que la Constitución de los EEUU, el artículo 1º de esta

²⁸⁵ *Ibidem.*, p. 164. Traducción propia.

²⁸⁶ La ley reglamentaria del 25 de mayo de 1791 hace mención al término que definitivamente quedará plasmado en Francia hasta la actualidad: *Brevets d'invention*.

²⁸⁷ P. C. BREUER MORENO, *óp. cit.*, p. 55.

norma ya no dirá que el inventor es «propietario» de su invento sino que el Estado le confiere un «derecho exclusivo».

Así se pone de manifiesto, que de las leyes consideradas «pioneras» del sistema de patentes, sólo en Francia y desde 1791 a 1844, se habló de los derechos del inventor como «derecho de propiedad» y un «derecho del hombre», aunque nominalmente, porque en la regulación positiva se adoptó el mismo sistema utilitario de Venecia y los países anglosajones, que no reconocían al inventor ningún derecho de propiedad.

TERCERA PARTE
EL SISTEMA DE PATENTES Y
LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL:
LIBERALISMO, COLONIALISMO E IMPERIALISMO

VI

LA OPOSICIÓN LIBERAL A LAS PATENTES

1. El sistema de patentes resiste el embate liberal

Las causas que dieron origen a la Revolución Industrial son complejas y variadas —obviamente excede los límites de este trabajo— y donde el papel que cumplió el sistema de patentes parece, a primera vista, difícil de cuantificar. De hecho, durante esta etapa la oposición al sistema de patentes se extendió por toda Europa. En Inglaterra, la resistencia al Estatuto de los Monopolios creció lejos de ser aceptado pacíficamente como una evolución inevitable del derecho, tanto más cuanto que durante la primera etapa de la Revolución Industrial la actitud del público hacia los titulares de patentes fue hostil y los tribunales compartían esta hostilidad²⁸⁸.

Los Tribunales del *Common Law* a fines del siglo XVIII se volvieron reacios a reconocer monopolios. También causaban la queja de los empresarios, porque muchas veces fueron usados para detener el desarrollo de nuevas ideas²⁸⁹. Por ejemplo, durante casi un cuarto de siglo, James Watt caprichosamente impidió el desarrollo de nuevos tipos de máquinas de vapor aún con licencia suya²⁹⁰. Muchos fabricantes se opusieron a la aplicación de las leyes de patentes y apoyaron la libre utilización de los inventos²⁹¹.

²⁸⁸ A. J. MICHEL *Introduction to the principal patent system of the world*, Nueva York, 1936, p. 10 (Citado por E. PENROSE, óp. cit., p. 33.)

²⁸⁹ T.S. ASTHON, óp. cit., p. 92

²⁹⁰ En 1784 tanto William Symington como William Murdoch hicieron locomotoras modelo, pero como Watt, titular de la patente de la máquina a vapor, se opuso a dar la autorización a estos experimentos, la idea de una locomotora a vapor tuvo que ser archivada. Sólo cuando la patente venció, beneficiándose con los trabajos del ingeniero Richard Trevithick primero y luego de William Hedley, George Stephenson pudo finalmente diseñar una locomotora de cierta eficacia recién en el año 1821. (Loc. cit.)

En virtud de esta oposición, nacieron diversas asociaciones en Manchester y otros centros industriales que impugnaban al Estatuto de los Monopolios y proponían a los inventores premios en dinero a cambio de no patentar sus inventos. La Sociedad para el Aliento de las Artes, Manufacturas y Comercio, fundada en 1754, ofreció premios a aquellos inventores que estaban dispuestos a hacer de sus descubrimientos posesión común²⁹². El propio Parlamento inglés, para evitar las patentes, donó 30.000 libras esterlina a Jenner por su vacuna antivariólica; 10.000 a Edmund Cartwright por varias invenciones y 5.000 a Samuel Crommpton por su invención de la hiladora intermitente, además de apreciables subvenciones destinadas al Ministerio de Agricultura y al Colegio Veterinario²⁹³.

Josiah Wedgwood, uno de los industriales más importantes de Inglaterra, decidió «librarse de estas degradantes esclavitudes, estos temores viles y egoístas de que otras gentes copien mi trabajo». Posteriormente, *Sir Humphry Davy*, el doctor Clanny y George Stephenson, rehusaron todos, en beneficio de los mineros, sacar patentes para proteger sus invenciones²⁹⁴. En EEUU, el propio Benjamín Franklin, que fue uno de los hombres que más bregó por el desarrollo de la ciencia y la tecnología en EEUU, rehusó patentar sus inventos en beneficio del público²⁹⁵.

Por otra parte, las patentes no fueron la única forma de compensar a los inventores durante el proceso de industrialización en Inglaterra. Se ha afirmado que durante la primera etapa de la Revolución Industrial en Inglaterra, el sistema de patentes no fue el principal medio destinado a proteger las invenciones. Así por ejemplo, los acuerdos entre empresas que competían entre sí para compartir conocimientos tecnológicos —*collective invention settings*— cumplieron un rol

²⁹¹ *Ibidem.*, pp. 20 y 21.

²⁹² *Ibidem.*

²⁹³ T.S. ASTHON, *óp. cit.* p. 21.

²⁹⁴ *Loc. cit.*

²⁹⁵ I. FRAIRE, *óp. cit.*, p. 73.

mucho más importante que el sistema de patentes, «pese a que la literatura no los haya recogido»²⁹⁶.

De igual modo, es necesario considerar que la división del trabajo expuso a los obreros, operarios y a los técnicos ante el mismo trabajo rutinario día a día. Esa rutina generó un sin número de ideas y de innovaciones que fueron fundamentales para mejorar los procesos de producción:

Miles de mineros, relojeros, fogoneros, algunos analfabetos, fueron autores anónimos en muchos casos, de un sin número de innovaciones que permitieron el progreso industrial en Inglaterra y sin duda el principio de división del trabajo aportó en grado sumo para el progreso de los inventos²⁹⁷.

Un trabajo realizado sobre el catálogo de la *Cristal Palace Exhibition* de Londres en 1851 y de la *Centennial Exhibition* en Filadelfia de 1876, sugiere que en determinados sectores industriales las patentes no eran importantes, porque el secreto industrial resultaba más efectivo como método de protección²⁹⁸. Por ejemplo, en la Gran Bretaña, de ciento un inventos relativos a instrumental científico, lentes, ópticas y relojes, sólo se patentaron catorce²⁹⁹. La dedicación a estos sectores donde el secreto industrial resultaba más importante que las patentes, podría haber constituido una de las razones por las cuales países como Suiza se negaban a conceder patentes en el siglo XIX³⁰⁰.

Durante el período comprendido entre los años 1850 y 1875 la oposición a las patentes fue enorme y los críticos no sólo pedían reformas, sino la lisa y llana abolición del sistema³⁰¹. En un comité de parlamentarios británicos que estudió el desarrollo del sistema de patentes desde 1851 a 1872, no faltaron las opiniones que recomendaran la eliminación total del sistema de patentes y un proyecto de

²⁹⁶ Alessandro NUVOLARI. "Collective invention during the British Industrial Revolution: The Case of the cornish pumping engine", *Cambridge Journal of Economics*. Mayo 2004, Vol. 8. Nro. 3. pp. 347 y ss.

²⁹⁷ T. S. ASTHON, óp.cit., p. 22

²⁹⁸ P. MOSER, óp. cit., p. 1231.

²⁹⁹ Loc. cit.

³⁰⁰ Loc. cit.

³⁰¹ Fritz MACHLUP y Edith PENROSE, «The Patent Controversy in the Nineteenth Century», *Journal of Economic History*, vol. 10, N° 1 (Mayo, 1950), Cambridge University Press en nombre de Economic History Association, p. 1.

1872 proponía reducir el plazo de protección de las patentes de catorce a siete años³⁰². Un artículo publicado en 1869 en la *Revue de droit International et de législation comparée*, informaba que Inglaterra se aprestaba a abolir completamente el sistema de patentes³⁰³.

En Inglaterra el prestigioso periódico londinense *The Economist*, se encargó de dirigir una furibunda campaña contra las patentes, en respuesta a la presión que a partir del año 1827, un grupo de sectores industriales comenzaron a realizar al Parlamento inglés para que éste adopte medidas más favorables hacia los inventores³⁰⁴. En un artículo del 28 de diciembre de 1850, *The Economist* sostenía que los inventores

... antes de que puedan establecer el derecho de propiedad sobre sus inventos, deben abandonar todo el conocimiento y ayuda que han obtenido del conocimiento e inventos de otros. Esto es imposible y esa imposibilidad demuestra que sus mentes e inventos son de hecho, partes de la gran mentalidad total de la sociedad y no tienen derecho de propiedad sobre sus inventos, excepto que puedan conservarlos para sí si lo desean, y apropiarse si eso les satisface, de todos los objetos materiales en que puedan realizar sus concepciones mentales³⁰⁵.

En su edición del 26 de julio de 1851, el mismo periódico londinense, mostraba no estar dispuesto a ceder ante ningún argumento a favor de las patentes:

La sociedad no se perjudica de ningún modo, aunque esos secretos murieran con sus poseedores...en contra de todas las suposiciones de que un individuo puede descubrir algo de tanta importancia, que la sociedad se perjudicaría si no alienta a dar a conocer su descubrimiento por medio de una ley de patentes...es más decisivo el supuesto de que casi todos los inventos útiles dependen menos de un individuo que del progreso de la sociedad³⁰⁶.

³⁰² *Ibíd.*, p. 3.

³⁰³ *Loc. cit.*

³⁰⁴ *Loc. cit.*

³⁰⁵ Citado en E. PENROSE, *óp.cit.*, p. 25.

³⁰⁶ *Ibíd.*

En 1850 *The Economist*, llegó a predecir que el sistema de patentes en muy poco tiempo sería derogado³⁰⁷.

También en Alemania como reacción a las demandas de los abogados expertos en patentes e industriales que pedían una mayor protección para los inventores, se levantó un poderoso movimiento anti – patentes, que fundaba sus argumentos en el libre comercio³⁰⁸. Asociaciones y cámaras de comercio pedían reformas y hasta la abolición del sistema de patentes³⁰⁹.

En 1868 Prusia decidió oponerse a la adopción de un sistema de patentes y en diciembre de 1868, el Casiller Bismark anunció su objeción al principio de protección por patentes³¹⁰.

Muchos liberales consideraban que las patentes eran incompatibles con sus ideas³¹¹. En España en 1800 Miguel Cayetano Soler (1746-1808)³¹², con relación a una solicitud de privilegio exclusivo, le envía una carta a Mariano Luis de Urquijo (1768-1817)³¹³ mostrándose reticente a su concesión:

Todo privilegio exclusivo de máquinas artefactos o inventos industriales destruye en buena política mucha parte del mérito de la invención; cuyas ventajas debe proporcionar el autor por sí mismo sin exigir del gobierno que ataque la libertad (primer móvil de la industria) con trabas y estancos, que se oponen diametralmente a la extensión del bien.

Si el maquinista en cuestión hace conocer prácticamente al público su verdadero interés conciliando la sencillez y perfección de la máquina con la moderación y equidad del precio, la utilidad del invento se recomendará por sí misma, en beneficio común del inventor y la causa pública. En el sólo caso que él se fije en el privilegio no queriendo otra clase de recompensa, será conveniente hacer el sacrificio de concedérselo pues sino se demuestra la utilidad del invento perderá estérilmente su

³⁰⁷ Para ver más ejemplos de posturas críticas en EEUU, Inglaterra y en otros países europeos V. E. PENROSE, óp.cit, pp. 16 y ss.

³⁰⁸ Fritz MACHLUP y Edith PENROSE, óp. cit., p. 4.

³⁰⁹ Loc. cit.

³¹⁰ Loc. cit.

³¹¹ COMISIÓN SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL, óp. cit., p. 25.

³¹² Miguel Cayetano Soler fue Ministro de Hacienda de España entre 1798 y 1808.

³¹³ Mariano Luis de Urquijo fue Primer Secretario de Estado de España entre 1768 y 1800.

trabajo, y si los resultados son satisfactorios, preferimos el menor mal de coger los dignos frutos que puedan producir sus luces³¹⁴.

También en España algunos inventores renunciaban a sus privilegios exclusivos, como D. Juan Cristóbal Manzanares, que en la Real Cédula de privilegio de invención obtenida el 6 de febrero de 1777 para una máquina agrícola, hizo constar:

...no obstante el privilegio que el Rey ha concedido por diez años al inventor de esta máquina para que nadie sin su licencia pueda construirla; declara a todos los labradores, que no es su ánimo interesarse en las licencias para los que quieran mandarlas hacer y servirse de ellas; y que solamente usará el privilegio de la impresión y venta de esta Disertación, y Modelos para resarcirse de los gastos que ha tenido; y si sus cortos haberes alcanzaran, daría de gracias uno y otro a todos los labradores, principalmente a los pobres³¹⁵.

Durante el siglo XVIII, María Teresa I de Austria (1717 – 1780) imbuida de las ideas fisiocráticas, rompió con la tradición medieval de conceder privilegios exclusivos, inclusive para los inventos³¹⁶.

En Holanda, la ley de patentes sancionada el 25 de enero de 1817, imponía abultados aranceles al trámite de las patentes y establecía que lo recaudado debía ser destinado al fomento de la industria nacional y sancionaba con la pérdida de la patente a quien patentara el mismo invento en el exterior. Esta ley generó muchas protestas, fundamentalmente porque la economía neerlandesa se basaba más en la actividad comercial que en la industrial. Las críticas aumentaron y esto llevó a la sanción de una ley en 1869, que en sentido estricto no derogó la ley de patentes, sino que la dejó en suspenso, estableciendo que a partir de la fecha de su dictado, no sería aceptada ninguna nueva solicitud de patentes de invención, perfeccionamiento o introducción. Las razones dadas en la exposición de motivos señalan que la decisión fue adoptada porque la mayoría de las patentes que se otorgaban correspondían a países extranjeros y asimismo, a que gran parte de las

³¹⁴ Patricio SÁIZ GONZÁLEZ, “*Propiedad Industrial y Revolución Liberal. Historia del sistema español de patentes (1759 – 1929)*”, Madrid, Oficina Española de Patentes y Marcas, 1995, p. 45.

³¹⁵ *Ibidem.*, pp. 41-42.

³¹⁶ BIRPI, *óp. cit.*, tomo II, pp. 39 y 299.

patentes concedidas no fueron explotadas dentro del término de los dos años establecido en la ley. Según la exposición de motivos de esta norma, en el período 1851 – 1865 de 140 patentes concedidas, sólo 16 eran de inventores neerlandeses.

En Suiza, un artículo de la Constitución Federal impedía que el país adopte una ley federal de patentes y hasta fines del siglo XIX se negó a dictar una norma sobre la materia. En uno de los debates dados en 1863 la legislatura declaró que el sistema de patentes era «pernicioso e insostenible»³¹⁷ Luego de tres votaciones con resultado negativo, el pueblo Suizo recién en el plebiscito del 10 de julio de 1887, aprobó la reforma constitucional, finalmente la ley de patentes fue aprobada y entró en vigor el 15 de noviembre de 1888³¹⁸. Hasta esta fecha, los suizos soportaron todas las presiones, principalmente de Alemania³¹⁹ y vivieron sin patentes de invención.

Hasta fines del siglo XIX, países como Servia y Rumania, también se negaban a dictar leyes de patentes.

Consecuente y contrariamente a lo que comúnmente se sostiene, el sistema de patentes a lo largo de su historia plurisecular jamás recibió embates tan vigorosos como los que soportó en el siglo XIX. Los sectores comerciales invocando el principio de la libertad de comercio, se oponían a su regulación por medio de patentes³²⁰. Dicho en otras palabras, las ideas y muchos de los actores de la Revolución Industrial —como de la Revolución Francesa— combatieron en Inglaterra y en otros países Europeos al sistema de patentes de invención, que desde los privilegios exclusivos medievales, el Estatuto de Venecia del siglo XV y hasta el Estatuto de los Monopolios de 1623, había sido más o menos pacíficamente aceptado. Es decir, el sistema de patentes lejos de «nacer» de las ideas de la Revolución Industrial y de la Revolución Francesa, fue colocado en el banquillo de los acusados por sus principios liberales y revolucionarios. Hasta se podría decir, que el sistema de patentes lejos de «nacer» durante la Revolución Industrial, «sobrevivió» exitosamente a sus embates.

³¹⁷ Fritz MACHLUP y Edith PENROSE, *óp. cit.*, p. 5.

³¹⁸ BIRPI, *óp.cit.*, pp. 507 y ss.

³¹⁹ E. PENROSE, *óp. cit.*, p.17.

³²⁰ Fritz MACHLUP y Edith PENROSE, *óp.cit.*, 5.

Hacia el año 1875, las voces contrarias a las patentes se acallaron sin que se haya arribado a una conclusión definitiva sobre el instituto. Los abogados de patentes y los sectores industriales a los que representaban hicieron una enorme agitación convocando a ingenieros, inventores etc., a favor de las patentes y el sistema simplemente quedó establecido³²¹. Machlup y Penrose, en un ya clásico y famoso artículo al referirse al establecimiento del sistema de patentes en 1875, lo hacen bajo este sugerente título: «El triunfo de los abogados de patentes»³²².

3. La difusión del sistema de patentes.

Se suele considerar que luego de las leyes de patentes decimonónicas de Inglaterra, EEUU y Francia, el sistema de patentes se «difundió rápidamente» por todo el mundo. Esta afirmación dicha así, nada más, ignora la imposición y las presiones que muchos países debieron soportar para adoptar el sistema de patentes en el siglo XIX, como así también dos etapas trascendentes en la historia europea: el imperialismo y el colonialismo.

España, hasta la invasión napoleónica, no había dictado en toda su historia una ley de patentes y ya se ha visto que los círculos liberales se presentaban reticentes al sistema de patentes. Pero una vez que el ejército napoleónico invadió España, se dicta el Real decreto del 16 de setiembre de 1811 cuyos 25 artículos son una copia de la ley francesa del 7 de enero de 1791. Mientras que la constitución liberal de Granada de 1812, redactada por los patriotas españoles de la resistencia, no tenía ninguna norma directa sobre patentes³²³.

Lo mismo ocurrió en los Países Bajos. En 1795 Francia anexionó a los Países Bajos, formando la República de Batava, un país tributario de Francia. En 1806 Napoleón, ya Emperador, disolvió la República y la sustituyó por el Reino de Holanda incorporado al Imperio Francés, que incluía a Bélgica y Luxemburgo, designado a cargo del gobierno a su hermano, Luis Napoleón Bonaparte. El

³²¹ Loc. cit.

³²² Loc. cit.

³²³ P. SÁIZ GONZÁLEZ, óp. cit., p.56.

gobierno usurpador dictó la ley de patentes del 26 marzo de 1809. Así, la primera ley de patentes de los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, fue impuesta —como en España— por las armas. Esta norma fue derogada luego de la liberación³²⁴.

Parecido proceso vivió Italia. Los Estados italianos que a principios de siglo XIX se encontraban bajo la dominación directa o indirecta de Francia, dictaron leyes de patentes afines a la francesa ó directamente pasaron a regirse por ella. Así, Napoleón en 1805 formó el Reino de Italia, del que se coronó Rey y designó como Virrey a Eugène de Beauharnais, quien dictó el 24 de junio de 1806 un decreto sobre patentes calcado de la ley francesa y que constituyó la primer norma sobre la materia en Italia, fuera del Estatuto de Venecia, que dicho sea de paso, perdió su libertad después de ser independiente por más de mil años³²⁵. En el Ducado de Parma y Plasencia la ley de patentes francesa fue declarada aplicable allí por el decreto consular del 27 de septiembre de 1801³²⁶. Y lo mismo ocurrió en Nápoles con el decreto del 2 de marzo de 1810³²⁷. En cambio, Cerdeña, dominada por los príncipes de Saboya y que no fueron invadidos por Napoleón, se mantuvo con el sistema de privilegios exclusivos concedidos por el monarca³²⁸. Y asimismo, el Estado Pontificio por medio de un decreto del 3 de septiembre de 1832 organizó un sistema de premios para la industria y la agricultura, pero sin conceder ningún tipo de privilegios exclusivos³²⁹. Por el Tratado de Viena de 1815, a la caída de Napoleón, las regiones de Lombardía y el Véneto pasaron a formar parte del Imperio Austriaco; en consecuencia, luego de regir la ley francesa de patentes, se les impuso la ley de patentes de Austria de 1820³³⁰. Hasta que finalmente, las regiones de Lombardía y el Véneto pasaron a Italia unificada en 1866 y entonces se le aplicó una ley de patentes que había sido aprobada en el año 1859³³¹. Es decir, estas regiones italianas tuvieron tres leyes de patentes en el lapso de sesenta años cuya redacción conocía antecedentes en tres lenguas distintas.

³²⁴ BIRPI, tomo IV, óp. cit., p. 185.

³²⁵ *Ibíd.*, tomo II, p. 5.

³²⁶ *Loc. cit.*

³²⁷ *Loc. cit.*

³²⁸ *Loc. cit.*

³²⁹ *Ibíd.*, tomo III, p., 6.

³³⁰ *Ibíd.*, p. 39.

A Hungría y Transilvania fue el Imperio Austríaco quien les impuso la primera ley de patentes en 1820. La primera ley en Austria se dictó el 16 de enero de 1810, bajo el reinado de Francisco II y una segunda destinada a todo el Imperio se aprobó en 1820. Así, esta fue promulgada para que surta efectos en Hungría y Transilvania. Los diputados húngaros protestaron airadamente ante el *Reichstag*, originándose largos debates que no lograron torcer la decisión. Más tarde, en el año 1832, Austria dictó otra ley de patentes, pero los húngaros la rechazaron y jamás se aplicó en Hungría³³².

Bosnia y Herzegovina no tenían leyes de patentes hasta que por el tratado de Berlín del 13 de julio de 1878 pasaron a integrar el Imperio Austro – Húngaro y, cuando ello ocurrió, debieron dictar la ley de patentes del 20 de junio de 1880 que es un calco de la ley austriaca de 1852³³³.

Luego del Congreso de Viena de 1815, Prusia, Austria y Rusia se repartieron el territorio polaco. La primera ley de patentes de Rusia se dictó en 1812 y era una norma muy restrictiva. Luego le siguieron numerosos reglamentos, en muchos casos contradictorios entre ellos. Uno de estos reglamentos, el del 16-28 de febrero de 1867, ya disponía su aplicabilidad a Polonia y cuando en 1869 se dictó una norma que unificó toda esta normativa, se dispuso la vigencia de la misma en Polonia³³⁴.

La pequeña República de San Marín era completamente autónoma en el siglo XIX, pero un tratado de amistad con Italia le impuso directamente la obligación de adherir a toda disposición legislativa en materia de propiedad industrial sancionada en Italia³³⁵.

También las potencias colonialistas imponían sus leyes de patentes a sus posesiones. Las primeras leyes de patentes de Canadá (1886), Australia (1852 -

³³¹ *Ibíd*em, tomo II, p. 6.-

³³² *Ibíd*em, tomo III, pp. 39 y 299.

³³³ *Ibíd*em, tomo IV, p, 211.

³³⁴ *Ibíd*em, p. 356.

³³⁵ *Ibíd*em, p. 427.

1877 – 1884 – 1888 – 1890 - 1893),³³⁶ Nueva Zelanda (1889) y la India (1888) fueron dictadas cuando aún eran colonias inglesas³³⁷.

Por su lado, Sudáfrica, a quien Inglaterra le impuso en 1884 un tratado que restringía seriamente su soberanía, en 1887 dictó una ley de patentes copiada de la inglesa³³⁸.

Lo mismo ocurrió con la Isla de Malta, desde que la ordenanzas de 1888 y 1893 reproducían las leyes de patentes de la metrópoli³³⁹ y la Isla de Ceilán —que por entonces tenía una población de 65 millones de almas— con la ordenanza de 1859 y la posterior ley de patentes de 1892 que es un trasunto de la ley indú de 1888³⁴⁰.

De igual modo, en las islas que conformaron en el siglo XIX la colonia británica llamada *Straits Settlements* —que incluía Singapur, Penang y Malaca— con la ley de patentes de 1871, calcada de la inglesa³⁴¹. Esta ley de *Straits Settlements* fue introducida en Borneo en 1887³⁴².

En paralelo, también Hong Kong —colonia inglesa desde 1841— otorgaba patentes a la usanza británica³⁴³. Los por entonces protectorados ingleses de Negri

³³⁶ En el siglo XIX Australia estaba dividida en seis colonias británicas: Nueva Gales del Sur, Australia del Sur, Queensland, Australia Occidental, Victoria y la Isla de Tasmania, en la primera se dictó la ley de patentes en 1852 y en las otras cuatro en 1877, 1884, 1888, 1890 y 1893, respectivamente.

³³⁷ BIRPI, óp. cit., tomo II, p. 685 y t. III, pp. 251 y ss.

³³⁸ Ibídem, tomo III, p. 95.

³³⁹ El art. 8º de la Ordenanza V, del 1º de marzo de 1893, de la Isla de Malta establecía: Toda persona que solicite protección para una invención en el Reino Unido o en una posesión británica, o en un Estado extranjero con el cual Su Majestad haya concluido un tratado para la protección recíproca de invenciones, tendrá sobre su invención un derecho a una patente en los términos de esta ordenanza, con prioridad sobre todo otro solicitante y la patente así concedida tendrá la misma fecha que la concedida en el Reino Unido, la posesión británica o el Estado extranjero, según el caso. (Ibídem, tomo II, p. 148)

³⁴⁰ Los artículos 6º a 10 ; 14, 16, 18 ; 19 a 34 ; 36 a 41 de la Ley de patentes de la India de 1888, son reproducidos textualmente en la ley de patentes de Ceilán de 1892. (Ibídem, tomo II, pp 635 y ss.)

³⁴¹ Ibídem, tomo II, p. 669

³⁴² Ibídem, tomo IV, p. 443.

³⁴³ Por la Ordenanza del 1º de abril de 1892 se podía revalidar en Hong Kong sólo las patentes concedidas en Gran Bretaña (art.2º); la duración de la patente no podía superar el plazo concedido en Gran Bretaña (art. 4º); la ley establecía que las patentes concedidas en la colonia, tenían todos los efectos establecidos por la legislación inglesa (art.3º); asimismo se contemplaba la extensión

y Sembilan, el Sultanato de Pérak y el Sultanato de Selangor —que hoy forman parte de Malasia— dictaron simultáneamente en 1896, sendas ordenanzas de patentes, calcadas una de la otra³⁴⁴. La Isla de Mauricio también tuvo su ordenanza de patentes británica el 22 de mayo de 1875³⁴⁵.

En África la Colonia inglesa Cabo de Buena Esperanza, con mayoría de población aborigen, en 1860 ya tenía su ley de patentes impuesta por la metrópoli³⁴⁶. La Colonia Natal —actual provincia de Sudáfrica— dictó su ley en 1870, seguramente temerosa la Corona Británica que los indios Zulúes copiasen sus inventos³⁴⁷.

La Isla de Santa Elena, posesión inglesa que vio morir a Napoleón, con 6000 habitantes por entonces, no dejó de tener su ordenanza sobre patentes en 1872³⁴⁸. En América, conocieron las leyes de patentes por imposición de Inglaterra: Bahamas (1889), Barbados (1883), Trinidad y Tobago (1894), Jamaica (1857), la Guayana inglesa (1861) y la Colonia Inglesa de Honduras (hoy Belice) en 1861³⁴⁹. Y en Oceanía las Islas Fidji (1879).³⁵⁰

Túnez —donde otrora se encontraba la mítica Cartago— no conoció ley de patentes hasta que, no se sabe en nombre de qué principio revolucionario o cuales de los «derechos del hombre», fue colonizado por Francia y consecuentemente dictada la ley de patentes del 26 de diciembre de 1888, calcada de la ley gala de 1844³⁵¹.

El «Estado Libre» del Congo —así la irónica denominación oficial de la época— posesión Belga, dictó un decreto de patentes el 29 de octubre de 1886. Según el art. 9º de esta norma, las patentes eran expedidas por el Administrador

del plazo de la patente en Hong Kong, si *Su Majestad* la había extendido en Inglaterra (art. 6º). (Ibídem, pp. 677 a 679).

³⁴⁴ Ibídem, tomo II, pp. 775, 779 y 783.

³⁴⁵ Ibídem, tomo III, p. 59.

³⁴⁶ Ibídem, tomo III, p. 5.

³⁴⁷ Ibídem, tomo III, p. 72.

³⁴⁸ Ibídem, tomo III, p. 104.

³⁴⁹ Ibídem, tomo III, pp. 165, 171, 411, 427, 438 y 505.

³⁵⁰ Ibídem, tomo III, p. 573.

³⁵¹ Ibídem, tomo III, p. 108.

General del Departamento de Asuntos Extranjeros, que obviamente, desempeñaba sus funciones en Bruselas³⁵².

Japón no tenía ley de patentes y, como es sabido, mantenía cerrado su mercado interno a los productos extranjeros. Hasta que en 1853 y 1854 el Almirante norteamericano Matthew Perry, llegó con sus naves al puerto de Tokio y amenazó con bombardear la capital si no cambiaba la política exterior. Luego de este acto, el país nipón se vio obligado a firmar el 31 de marzo de 1854 el Tratado de Kanagawa, que terminó con el aislamiento comercial de Japón y posteriormente debió firmar una serie de convenios comerciales con las principales potencias europeas. No obstante, en materia de patentes, Japón resistió las presiones y no dictó una ley sino hasta 1885, pero esta no resultaba de aplicación a los extranjeros, aun después de la reforma de 1888. Ante la presión ejercida por los países industrializados, Japón se vio obligado a firmar un acuerdo comercial con Gran Bretaña en Londres el 16 de julio de 1894, donde en el artículo XVII se comprometía en materia de patentes a dar igual trato a los ciudadanos de ambas naciones. Asimismo, el Imperio Japonés por el artículo 3º de un protocolo anexo a ese tratado, se comprometía a adherir al Convenio de París³⁵³. Adhesión que finalmente se efectivizó en el año 1899.³⁵⁴

Como ya se ha señalado, Suiza se negó a adoptar una ley de patentes hasta 1888, pero la adopción de esta ley no le fue ajena la presión de las grandes potencias, como Alemania, que trataba a Suiza de «país pirata», imponiéndole restricciones económicas³⁵⁵. En el último cuarto del siglo XIX, países como Servia, Rumania, Mónaco, Montenegro y Países Bajos, se negaban a dictar leyes de patentes.

Obviamente, los estrechos límites de este trabajo impiden un estudio sobre cómo fueron dictadas las primeras leyes de patentes en todo el globo, pero los ejemplos dados bastan para acreditar que en muchos países del mundo la adopción

³⁵² Ibídem, tomo III, pp. 33 y 34.

³⁵³ Ibídem, tomo II, pp. 717 y ss.

³⁵⁴ Masaaki KOTABE, "A Comparative Study of U.S. and Japan Patent Systems" en *Journal of International Business Studies*, Vol. 23, N° 1 (1992), p. 147.

³⁵⁵ Fritz MACHLUP y Edith PENROSE, óp. cit., p. 6.

de un sistema de patentes no fue una «opción» sino una «imposición», indiferente a sus propios intereses.

Indudablemente el interés de las grandes potencias y sus industriales para dictar leyes de patentes en países o colonias donde generalmente no había ni innovación ni inventos, radicaba —como sostiene Patel— simplemente en la intención de reservar mercados³⁵⁶.

La resistencia de los países no industrializados a adoptar un sistema de patentes, era proporcional al interés de los grandes industriales por conseguir protección para sus productos. Penrose resume el conflicto del siguiente modo:

En lo que respecta al sistema de patentes había dos fuerzas que actuaban en sentidos opuestos. Por un lado, la vigorosa actividad industrial provocaba una mayor demanda de parte de ingenieros, inventores y fabricantes, por una más amplia y mejor protección de las patentes; el interés de alguno de los grupos industriales de los países grandes, los llevó a hacer agitación en los países más pequeños para que establecieran leyes de patentes. Por otra parte, la ampliación de los mercados, el mayor alcance y volumen del comercio internacional y las consiguientes posibilidades de progreso económico mediante la división internacional del trabajo, que la economía política del momento no de señalar, dieron auge al movimiento del libre comercio y provocaron una mayor conciencia de los aspectos restrictivos y monopolísticos del sistema de patentes³⁵⁷.

³⁵⁶ Surendra J. PATEL “Intellectual Property Rights in The Uruguay Round: a disaster for the South?” en *Economic and Political Weekly*, Vol. 24, N° 18 (May 6, 1989), p. 980.

³⁵⁷ *Ibíd.*, p. 16.

PÍLOGO

Durante el Medioevo existió, desde el punto de vista económico, un gran interés por las innovaciones tanto más cuanto que se encuentra una clara vocación por receptor innovaciones de países científica, tecnológica, económica y culturalmente más desarrollados. Como la imitación parece ser inherente a la naturaleza humana como medio de acceso al conocimiento e inherente al espíritu competitivo, los mercaderes y comerciantes europeos medievales miraron a las culturas superiores de Oriente.

Con el aumento de los intercambios en el mercado internacional y el desarrollo de la navegación pudieron ver lo rezagados que estaban (efecto demostración), se apropiaron de la tecnología de las culturas más avanzadas y luego despegaron (take off) mediante el desarrollo de determinados sectores (leading sectors) como el textil. La apropiación de esa tecnología, sin tener que desarrollarla, les permitió dar un salto (ventajas del atraso) que le permitió engancharse o superar a las economías líderes de Oriente (catching up) en siglo XV.

Este proceso apenas es posible que no influyere con el principio regulador de la propiedad intelectual en la Alta Edad Media el cual otorgaba carácter divino a las creaciones y en consecuencia las declaraba inapropiables e inalienables. La problemática sobre la protección de las innovaciones se planteó en la Europa medieval y simplemente se resolvió en un primer momento por no prohibirlas, con el objeto de no limitar la vital necesidad de incorporación tecnológica.

Hacia el siglo XII el desarrollo del comercio internacional se intensificó conjuntamente con la competencia entre las ciudades europeas por el predominio económico. La competencia entre las ciudades las llevó a tomar drásticas medidas para fomentar la innovación local, resguardar los conocimientos tecnológicos —

evitando la transferencia de tecnología—, captar a innovadores foráneos y apropiarse de los inventos foráneos. En este contexto florece el sistema de privilegios exclusivos que resultó funcional a estos intereses.

Con el mercado interno asegurado y con excedente de producción disponible, facilitado por el cambio de stock de conocimientos y el «aprender haciendo» que posibilitó la recepción de las innovaciones orientales, los empresarios europeos buscaron mejorar su producción técnica y desarrollar nuevos productos para la búsqueda de oportunidades que le ofrecía el mercado internacional. Ello posibilitó no sólo el aumento de la producción, sino también de la especialización. Cuando ello ocurrió, la competencia en el mercado internacional elevó a primer nivel la competencia por la tecnología y concomitantemente, el interés por su protección. Las ciudades medievales dirigidas ya por los más ricos mercaderes de su tiempo, hicieron de la cuestión una causa nacional y dictaron todo tipo de medidas para proteger la tecnología, entre ellas las destinadas a proteger nuevos inventos.

Resulta insoslayable concluir que durante la edad media la determinación de proteger las innovaciones reposó sobre un juicio interesado respecto de la marcha económica de las ciudades y su situación respecto al resto de los competidores mundiales. Así se revela que la expansión del comercio internacional fue la vara que midió el interés por las innovaciones, antes que cualquier reconocimiento de un derecho al inventor sobre la protección de su invento.

En el contexto de rivalidad comercial que derivó en el espionaje industrial entre las ciudades medievales, tal vez pueda darse una mayor explicación a la ley de patentes de Venecia de 1474. Europa estaba a punto de alcanzar su *catching up* respecto a Oriente, pero, vista la situación desde las perspectivas regionales, el desarrollo económico había sido dispar. Venecia era la gran potencia económica del Viejo Mundo y las demás economías europeas, que se veían rezagadas, comenzaron a su vez una carrera para obtener su *catching up* respecto de la *Sereníssima* y de las otras prósperas ciudades italianas, donde la apropiación de

los inventos extranjeros y asimismo, la política para atraer innovadores foráneos resultaba central.

El Estatuto de Venecia —la primera ley de patentes del mundo— que fue dada «gracias» y no «a pesar» del poder concentrado de las corporaciones, responde a las políticas económicas medievales destinadas a atraer expertos extranjeros, apropiarse de innovaciones foráneas y asimismo, fomentar la innovación local. Tiene un fin claramente utilitario, no se funda en el reconocimiento de ningún derecho «pre – normativo» al inventor, sino antes por el contrario es dispuesta en beneficio del Estado, que se identifica con el interés general en el régimen de asociación juramentada de las comunas. Es un instituto que responde a los intereses de la Ciudad – Estado y de sus mercaderes exclusivamente. Comparte todo los institutos que en la actualidad distinguen al sistema de patentes, por lo tanto es necesario considerarlo como fundador del sistema de patentes.

El capítulo sobre patentes del ADPIC celebrado en 1994, el más ambicioso tratado internacional sobre propiedad intelectual firmado hasta el presente, contiene ocho artículos —artículos 27 a 34— de los cuales, siete están contenidos en el Estatuto de Venecia. Después de cinco siglos no parece una gran producción como para alardear del nacimiento de un «nuevo derecho de patentes» surgido durante la industrialización como un derecho nuevo y desvinculado del medieval sistema de privilegios. El sistema de patentes actual guarda iguales fundamentos y teleología que el Estatuto de Venecia y básicamente, el sistema de protección de los inventos ha sido el mismo desde entonces hasta hoy.

Bajo la atenta mirada del sector comercial el sistema de patentes surgió en el medioevo con un diseño muy restrictivo. Los mercaderes bregaban por eliminar toda medida restrictiva al comercio mientras los sectores manufactureros reclamaban protección para sus manufacturas y no sólo privilegios exclusivos, sino también prohibición de las importaciones y subsidios estatales. Toda la historia del sistema de patentes estará signada por la tensión de intereses de estos sectores, más el deseo de predominio político y económico de los Estados. En la

lista de invitados a este banquete, no figurará el inventor, individualmente considerado.

Con el retroceso del poder político de las ciudades que implicó el ascenso de las monarquías absolutas, la potestad de dictar privilegios exclusivos pasó a los monarcas. Pero el sentido por el cual se concedían estos privilegios fue el mismo que los justificó en la Edad Media. Los privilegios exclusivos dados en el Medioevo y en la Edad Moderna; el Estatuto de Venecia; el Estatuto de los Monopolios Inglés; las primeras leyes de patentes de EEUU y la ley de patentes de la Francia revolucionaria, comparten los siguientes caracteres: 1) La protección se materializa por medio de privilegios exclusivos, se los llame «derechos exclusivos», «patente», «*brevet*», etc., sin que se le reconozca al inventor ningún derecho natural o preexistente a la norma; 2) Admiten la concesión de privilegios exclusivos sobre objetos que no sean inventos ya por disposición expresa de las normas reguladoras de las patentes o porque lo autoriza el régimen legal general vigente como en el caso de EEUU; 3) Permiten y fomentan la apropiación de inventos extranjeros; 4) Responden al modelo de sistema de patentes restrictivo. Ello es así, porque los países están en una carrera por la industrialización donde la absorción de conocimientos resulta una cuestión central. Entre los privilegios exclusivos de la Edad Media y la Edad Moderna y las leyes de patentes contemporáneas calificadas de «pioneras» del «moderno» derecho de patentes, sólo se encuentra contraste y todos responden a un mismo paradigma.

El Estatuto de los Monopolios permitía la apropiación de los inventos extranjeros y en tal sentido se ha visto el famoso caso de Lombe. Las leyes de EEUU hasta el año 1836, prohibían a los extranjeros patentar sus inventos y cuando lo permitió, los tribunales decidieron que no podría obtenerse la patente si el invento había sido realizado en el exterior y la discriminación entre nacionales y extranjeros para acceder a una patente continuó hasta 1861. La ley francesa de patentes de 1791 expresamente permitía a los franceses patentar como propios inventos extranjeros aunque no fueran los verdaderos inventores. Esto no puede significar sino lo siguiente: que no es cierto que el sistema de patentes haya nacido sobre la derogación de los privilegios exclusivos. Así, la hipótesis que sostiene que el sistema de patentes nace para terminar con la arbitrariedad de los

privilegios exclusivos, de tal modo que a partir de ese momento sólo se podía conceder exclusivas a obras o inventos se derrumba y demuestra hasta que punto, el origen del sistema de patentes no tuvo como fin consagrar el nacimiento de un nuevo derecho para los inventores, en consonancia con los avances tecnológico surgidos durante la revolución industrial.

El sistema de patentes es un instituto medieval que nació en un sistema económico donde no regía la libertad de comercio ni los principios del libre mercado. He ahí cómo el más duro golpe que recibió el sistema de patentes en su plurisecular existencia, fue cuando las ideas fisiocráticas y del liberalismo político y económico lo consideraron incompatible con sus principios rectores.

Incluso a mediados del siglo XIX sectores económicos influyentes de Inglaterra bregaron por la derogación del sistema de patentes y de hecho se llegó a tener la convicción que el sistema realmente sería eliminado. De tal modo, se puede afirmar que el sistema de patentes lejos de «nacer» durante la industrialización, resistió exitosamente a los embates de las doctrinas liberales. En el fondo, son las ideas liberales de la Revolución Industrial y la Revolución Francesa las que atacan al instituto de las patentes por considerarlo una rémora inadmisibile del pasado.

El temor a perder competitividad en la carrera por la industrialización de países como Inglaterra, Francia y EEUU los llevó no sólo a mantener el medieval instituto de las patentes, sino a perfeccionarlo y adecuarlo a las nuevas organizaciones institucionales de los Estados, basadas ahora en los principios más o menos democráticos y/o republicanos. Obviamente, estas leyes de patentes contemporáneas ostentan un mayor refinamiento, fruto de siglos de avance del derecho y fundamentalmente por la influencia de los procesos democráticos.

Si se estudian los sistemas de patentes de todo el mundo se observa que en los países donde se instauran de la mano del constitucionalismo formas republicanas y democráticas de gobierno, se quita de la competencia del poder ejecutivo o del monarca la facultad de conceder privilegios exclusivos y esta potestad se reserva al poder legislativo. Además se desarrolló y extendió el

principio de igualdad ante la ley, lo que implicó que el derecho que se le reconoce a un ciudadano no se le puede negar arbitrariamente a otro bajo las mismas circunstancias. Así nació el derecho «a» la patente. Decidido el cuerpo legislativo a proteger mediante patentes determinados inventos, bajo las mismas circunstancias previstas por la ley, el inventor tiene un derecho “a” una patente, o dicho en otros términos, a oponerse ante el rechazo arbitrario de la protección prometida por la ley. Mas, la protección contra la arbitrariedad no implicó reducción de la discrecionalidad reservada a los poderes públicos para resolver lo mejor —no para el mundo— sino para cada país. Y así se asiste a los casos de Holanda que suspendió su sistema de patentes hasta entrado el siglo XX y Suiza que se negó a concederlas hasta fines del siglo XIX. Ahora, en todos estos nuevos y democráticos sistemas institucionales convive lo viejo y lo nuevo, de modo que como consecuencia de este proceso los órganos legislativos son los que tienen la facultad de decidir qué inventos se protege y por cuánto tiempo. Dicho de otra manera, el poder soberano —antes el monarca ahora el Congreso— sigue determinando cuáles son los inventos que le conviene al país proteger y cuáles no. Ello implica reconocer al mismo tiempo, que la protección no surge de considerar el derecho del inventor como un derecho natural y previo a la norma. Destáquese bien: las exclusivas que se le conceden al inventor nacen históricamente con la ley y este plus de protección adicional que se le reconoce —porque el principio general es la libertad de comercio, libertad de industria y libre circulación del conocimiento— es una decisión político jurídica encaminada a un fin determinado.

Durante la Revolución Industrial la economía internacional se presentaba como un potente incentivo tanto para los empresarios particulares como para los Estados para actuar y como una reserva de tecnología para imitar y en su conjunto como un sistema permisivo, si los países se organizaban para explotarlo adecuadamente. En esta carrera por la industrialización y el predominio económico Inglaterra, EEUU y Francia diseñaron un sistema de patentes débiles con el claro propósito de no limitar su necesidad de incorporación tecnológica.

El modelo de protección restrictivo e ignorante de los inventos foráneos predominó hasta finales de la primera Revolución Industrial. A partir de entonces

los desarrollos científicos y tecnológicos comenzaron a requerir ingentes inversiones y en consecuencia, sólo pudieron ser llevados adelante por grandes empresas internacionales y por los propios Estados, quienes estaban realmente interesados en que sus inventos no sean copiados en el exterior. En este marco surgió la imperiosa necesidad de reconocer protección a los inventos foráneos y al mismo tiempo fomentar una protección de tipo internacional. Pues no podían pretender que se prohijaran sus inventos en el exterior, si ellos mismos no brindaban amparo a los inventos extranjeros. Así, surge con fuerza un nuevo discurso que incluso cuestiona institutos que hasta entonces se consideraban propios del sistema de patentes, como el de producción local, caducidad por falta de explotación, cobro de anualidades, etc. Los sectores comerciales afectados por esta nueva orientación y asimismo los países que no llegaron a industrializarse dieron su última batalla en el siglo XIX, pero el sector industrial prevaleció y cuando ello ocurrió los sistemas de patentes se hicieron más laxos en consonancia con sus intereses. Este cambio no es consecuencia de una «evolución del derecho de patentes» sino que implicó una ruptura del paradigma de protección. A partir de este momento, los sistemas de patentes serán puestos al servicio de las grandes empresas internacionales y los países desarrollados, que son a la vez, los que más invertirán en investigación y desarrollo. Mientras que los países no industrializados bregarán por una vuelta al sistema de patentes restrictivo por el cual los países industrializados tuvieron una mayor libertad para desarrollarse tecnológicamente.

En muchos casos, la conducta de los países desarrollados para lograr un sistema internacional de patentes no fue pacífica ni persuasiva, sino que hicieron uso de su preeminencia económica cuando no de la fuerza o la amenaza de su empleo. Así se revela que en una gran cantidad de países las primeras leyes de patentes no serán el resultado de una reflexión interna sobre la conveniencia de su adopción, sino antes por el contrario, devendrá de la presión o el uso de la fuerza de las hoy potencias industriales. Por ejemplo, países como España y los Países Bajos no tuvieron leyes de patentes hasta que el ejército napoleónico luego de invadir sus territorios se las impusiera. Lo mismo ocurrió con Hungría al ser conquistada por Austria. Suiza debió dictar una ley de patentes por presión de Alemania y una enorme cantidad de países que en el siglo XIX eran colonias, se

iniciaron en la protección de los inventos mediante patentes por imposición de Inglaterra o Francia. Indudablemente, el objetivo de esta imposición de leyes de patentes donde no había inventores ni inventos, obedecía a una política de reserva de mercados en la lucha por el comercio internacional. De ahí, que la expansión internacional del sistema de patentes no se dio siempre en consonancia con el progreso técnico, como románticamente a menudo se afirma, sino que en muchos casos ha sido resultado de la imposición de las grandes potencias.

La revisión de la historia muestra que los sistemas de patentes no surgieron en los países industrializados con un fin ecuménico a favor del progreso de la ciencia y la tecnología y en beneficio de la humanidad, sino antes por el contrario, fueron puestos al servicio del interés empresarial y el predominio económico de las naciones en las que fueron dictadas. Ello no implica una valoración sobre la necesidad o no de otorgar patentes, simplemente sirve para comprender que cuando se otorgaron o dejaron de hacerlo, fue como respuesta a un fin exclusivamente utilitarista. La apreciación del nacimiento del sistema de patentes como un «derecho nuevo» que surge con la Revolución Industrial, de carácter «universal» y que es consistente con el progreso de la «civilización» no tiene fundamento histórico.

Señala Juan Pablo Fusi, que el término «Europa» surgió durante el siglo VII en Grecia y era el nombre con que los griegos denominaban a los territorios que se encontraban al oeste de Europa. Europa es el nombre de una princesa fenicia que Zeus raptó y llevó a Creta³⁵⁸. Mas, independientemente del común legado histórico, Europa no se vio como una unidad política sino hasta después de la mitad del siglo XX. Hasta se le podría poner fecha en la presentación del «Plan Shuman» para la unidad europea presentado el 9 de mayo de 1950; fecha a partir de la cual comenzaron a escribirse todos los famosos libros que comenzaron a hablar del «espíritu europeo» y la «unidad europea»³⁵⁹. Antes de esta época, los países del Viejo Mundo, fueron comúnmente más o menos enemigos y rivales comerciales siempre. Cuando las primeras leyes de patentes de Inglaterra y Francia fueron dictadas, estas naciones se encontraban enfrentadas en una guerra

³⁵⁸ Prólogo a H. SCHULTZ, óp. cit., p. IX.

³⁵⁹ Loc. cit.

primero comercial y luego bélica³⁶⁰ que, por difícil que le parezca imaginarlo al hombre de hoy, no admitía otro resultado que el sometimiento y dominación absoluta de la una sobre la otra, lo que incluía, principalmente, la aniquilación total de su economía³⁶¹. No eran épocas de actitudes ecuménicas como para alegar un plan de consuno de estas naciones para crear un derecho universal de patentes.

Tanto la *pax romanorum* como la *pax ville* y el orden mundial surgido con la Revolución Francesa y la Revolución Industrial, no hace falta decirlo, no fueron paradigmas de civilizaciones ecuménicas, sino que reservaron el bienestar logrado en su propio beneficio. No es posible postular que en disonancia con este limitado propósito, haya surgido el sistema de patentes para el progreso de la humanidad. Va de suyo que tampoco es posible sostener que sea contrario. Simplemente se observa que no nació ni fue pensado para mejorar el bienestar de la humanidad por medio del progreso de la ciencia y la tecnología, sino para servir a intereses más limitados.

En relación con la consideración del surgimiento de los derechos intelectuales como un «derecho humano» indudablemente, debe ser una de las más grandes apostasías a la verdad de la historia del derecho, dado que, cuando el tema de los «derechos humanos» o «derechos del hombre» se acercó a los derechos intelectuales, fue para negarlos y no para convalidarlos. Así fue como, el espíritu universalista de la Revolución Francesa los derogó en un primer momento. Por otra parte, la autorización dada por la ley de 1791 a los ciudadanos franceses para patentar como propios los inventos extranjeros y asimismo, el restablecimiento de todos los privilegios exclusivos del *Ancien Régime*, derrumba toda la teoría de los derechos intelectuales como «derecho de propiedad» y por supuesto, niega absolutamente el carácter universal, que por definición, guardan los «derechos del hombre» o «los derechos humanos».

Durante la Revolución Francesa, el concepto ecuménico de los derechos del hombre consagrados en la Revolución pareció triunfar, pero luego debieron

³⁶⁰ De 1792 a 1815, con un año de paz en 1793 por el Tratado de Amiens.

³⁶¹ Eric HOBSEWAIN, *La era de La Revolución, 1789 – 1848*”, tercera edición en castellano, Buenos Aires, Crítica, , 2003, pp. 90 y 91.

sucumbir al concepto de Nación. Y es que, las florecientes naciones europeas aún con las nuevas ideas, no pudieron despojarse del espíritu temeroso de antaño. Y si el medieval sistema de patentes resultaba intolerable para las ideas liberales, los intereses de la Nación, sus ansias de predominio sobre las demás y el interés particular de los empresarios, los llevó a profundizar un nuevo diseño de un sistema de patentes destinado a lograr estos objetivos de preeminencia y que asimismo, se basase en sólidas justificaciones para contrarrestar los embates que el sistema recibía, máxime si se tiene en cuenta que la Asamblea Nacional ya había tomado la popular medida de abrogar todos los privilegios exclusivos incluidos los destinados a proteger obras e inventos. En la galimatías de los diputados franceses al redactar la ley de patentes de 1791, no puede fundarse seriamente la consideración universalista de los derechos del inventor, máxime si se considera que por esta ley se reestablecieron todos los privilegios exclusivos del *Ancien Régime*, que se supone, el nuevo derecho de patentes vino a desterrar.

Como lo reconoce la Comisión de Propiedad Intelectual del Reino Unido, los países hoy industrializados han utilizado los sistemas de propiedad intelectual para consolidar sus propios intereses económicos, modificando y adecuando sus sistemas de protección a las diferentes etapas de su desarrollo económico. El estudio de tres casos emblemáticos como Inglaterra, EEUU y Francia, avalan esta afirmación. Hasta la adopción del Convenio de París sobre la protección de la propiedad industrial en 1883, y la aprobación del Convenio de Berna en 1886 sobre las obras literarias y artísticas, la capacidad de los países de adaptar sus sistemas a sus propias circunstancias no tenía restricciones. Incluso en aquella época, los estándares de estos convenios tenían un alto grado de flexibilidad. En el pasado, un gran número de países excluyeron de la protección de patentes, en diferentes momentos de su desarrollo, algunos tipos de invenciones en ciertos sectores industriales, como el de la alimentación, el farmacéutico y el químico, argumentándose que no se debería imponer un monopolio sobre artículos esenciales y que promover el acceso libre a la tecnología extranjera era más beneficioso que estimular la invención en la industria nacional. Un gran número de países que ahora son países desarrollados adoptaron este enfoque en el siglo XIX y algunos continuaron hasta bien entrado el siglo XX.

Esta líneas no han tenido por objeto reseñar la historia del sistema de patentes europeo y norteamericano, sino resaltar determinados aspectos que muestran que el nacimiento de derecho de patentes, lejos de la romántica imagen que una interpretación lineal y simplista de la historia ha querido establecer, no nace del candoroso respeto por el derecho de los inventores, sino en el medio de una feroz competencia comercial e industrial entre las hoy potencia mundiales, donde el espionaje industrial y la apropiación de inventos extranjeros fue moneda corriente, cuando no adquirió expreso reconocimiento positivo. Los gobiernos europeos y el de EEUU, decidieron otorgar patentes básicamente para el desarrollo de la industrialización y para el progreso tecnológico, presupuesto de aquel. Pero en una segunda etapa, ya afirmados los países en su proceso industrial, el sistema de patentes ha sido puesto por los países desarrollados al servicio del comercio internacional, consolidando y resguardando su acervo tecnológico, al igual que lo hicieron las ciudades medievales. La Venecia medieval como las otras prósperas ciudades italianas del medioevo, hubieran estado en la gloria con un sistema internacional de patentes como el que impera en la actualidad.

No obstante la consolidación del sistema de patentes, durante los siglos XIX y hasta las dos últimas décadas del siglo XX, los Estados —muy especialmente países como Inglaterra, EEUU y Francia— fueron conscientes del impacto económico y social de las exclusivas, fruto también de la preocupación de los sectores más liberales. Y mediando entre el interés de los inventores y el público, establecieron la idea de equilibrio para lograr el mayor beneficio económico y social, fundando el sistema de patentes en la necesidad de promover el progreso de la ciencia y la tecnología, para de este modo, obtener nuevos productos y procesos para favorecer la industrialización mediante el cambio tecnológico. Abandonaron de este modo todas las teorías que justificaban el derecho de patentes con posturas individualistas. Esta postura permitió no sólo adecuar el sistema de patentes a los intereses nacionales, sino además otorgar libertad a legisladores y jueces, para limitar los efectos económicos y sociales de las patentes, teniendo en cuenta el interés general. Esta visión equilibrada hoy corre peligro ante el proceso de expansión de los derechos intelectuales que se observa en el escenario internacional.

Finalmente, y en el supuesto caso que fuera cierto que una de las funciones de la historia es hurgar en el pasado para extraer enseñanzas para el presente y el futuro, los países —sobre todo los países subdesarrollados— deberían tomar la libertad que tienen de diseñar sus políticas de propiedad intelectual conforme a sus propios intereses y necesidades, como en su momento lo hicieron los países hoy industrializados.

BIBLIOGRAFÍA

ASTHON, T. S *La Revolución Industrial (1760-1830)*. Traducida por Francisco Cuevas Cancino, tercera edición en castellano, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1959.

ASTHON, T.H. y C. H. E. PHILPIN, (eds.) *El debate Brenner. Estructura de clases agrarias y desarrollo económico en la Europa preindustrial*. Traducción de Isabel Moll y Paulino Iradiel, Barcelona, Editorial Crítica, 1988.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo *Tratado de Derecho Industrial*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1978.

BIRN, Raymond «Profits of Ideas: Privileges en Librairie in Eighteenth-Century France» en *Eigtheenth-CenturyStudies*, Vol. 4, N° 2 (Invierno, 1970 – 1971).

BIRPI (Bureau International de la Propriété Industrielle), *Recueil General de la législation et des traités concernant la propriété industrielle*, tomos I, II, III y IV, Berna, 1897.

BOULET, Pascale; Christopher GARRISON y Ellen 't HOEN *Patentes de medicamentos en el punto de mira. Compartiendo conocimientos prácticos sobre las patentes farmacéuticas*. Médico Sin Fronteras (MSF), Ginebra, 2003

BRAUDEL, Fernard *La Identidad de Francia. Los hombres y las cosas*, tomo III. Traducción de Alberto Luis Bixio, primera edición en castellano, Barcelona, Gedisa Editores 1993.

BREUER MORENO, P.C. *Tratado de patentes de invención*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1957.

BURKE, Peter, *Historia social del conocimiento. De Gutenberg a Diderot*. Traducción de Isidro Arias, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2002

BURKE, Peter, *Venecia y Ámsterdam. Estudio sobre las élites del siglo XVII*. Traducción de Alberto L. Bixio, primera edición en castellano, Barcelona, Gedisa Editorial, 1966.

BRÉHIER, Émile *Historia de la Filosofía*. Traducción de Demetrio Nández, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1942.

BROWN, Travis, *Historical First Patents. The First United States Patent for Many Everyday Things*, Londres, The Scarecrow Press, Inc., 1994.

CABANELLAS, Guillermo *Derecho de Patentes de Invención*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2001.

CAMPBELL, Levin H. *The Patent System of The United States so far as it Relates to The Granting of Patents*, McGill and Wallace, Washington D.C., 1891 [en línea] Dirección URL:<http://www.myoutbox.net/pocamp.htm> [Consulta: 26 de diciembre de 2008].

CATLIN, George Gordon *Historia de los filósofos políticos*. Traducción de Luis Fabricant, Buenos Aires, Ediciones Peuser, 1946.

CHANG, Ha – Joon *Rethinking Development Economics*, Londres, Anthem Press, 2003.

CHARTIER, Roger, *Denis Diderot. Carta sobre el comercio de libros*. Traducción y notas de Alejandro García Schnetzer, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

CIPOLLA, Carlo M., *Historia Económica de la Europa Preindustrial*. Traducción de Esther Benítez con la colaboración de M.José Furió, primera edición en castellano, Barcelona, Editorial Crítica, 2003.

COHEN, Ruth “The New British Law Monopoly” en *The American Economic Review*, Vol. 39, Nº 2 (Mar., 1949).

COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA, *Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo*, Londres, septiembre de 2002 [en línea]. Dirección URL: <http://www.iprcommission.org> [consulta: 30 de setiembre de 2006].

CORREA, Carlos M. *Acuerdo TRIPs*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1996.

CORREA, Carlos M. (Coord.) *Derecho de Patentes*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1999.

DE LAS HERAS LORENZO, Tomás *El agotamiento del derecho de marca*, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1994.

DI GUGLIELMO, Pascual *La invención patentable. Comentario de la Ley 111 y el Subdesarrollo Industrial de la República*, Buenos Aires, Víctor P. De Zavalía Editor, 1968.

DOBYNS, Kenneth, *History of the United States Patent Office. The Patent Office Pony: A History of the Early Patent Office* [en línea], Dirección URL: <http://www.myoutbox.net/popch04.htm> [Consulta 25 de enero de 2010].

DODD, A.H. «The Store an Elizabethan Monopoly 1565 – 1823», *Economica*, publicación de Blackwell Published para The London School of Economics and Political Science and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines, Nº 26 (Jun., 1929)

DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Traducción de Isidro Molas, Jorge Solé-Tura, José M. Vallés, Eliseo Aja y Manuel Gerpe, quinta edición en castellano, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970.

DUBY, Georges *Hombres y estructuras de la Edad Media*. Traducción de Arturo Roberto Firpo, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 1993.

DYER, Christopher *Niveles de vida en la Baja Edad Media*. Traducción al castellano de Mariona Vilalta, primera edición en castellano para España y América, Barcelona, Editorial Crítica, 1991.

EPSTEIN, S. R. «Craft Guilds, Apprenticeship and Technological Change in Preindustrial Europe», *The Journal of Economic History*, Vol. 58, Nº 3 (Sep., 1998).

FEVRE, Lucien, *Europa génesis de una civilización*. Traducción de Joan Batallé, primera edición en castellano, Barcelona, Crítica, 2001.

FISHER, William W. “The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States”, *Eigentumskulturen im Vergleich*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1999 [en línea]. Dirección URL: <http://cyber.law.harvard.edu/property99/history.html> [consulta: 11 de enero de 2010].

FISHER, William *Theories of Intellectual Property* [en línea]. Dirección URL: <http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf> [Consulta: 5 de marzo de 2008]

FRAIRE, Isabel *Pensadores norteamericanos del siglo XIX*, México, Siglo XXI Editores S.A., 2004.

FOX, Harold G. “Patents in Relation to Monopoly”, *The Canadian Journal of Economics and Political Science /Revue canadienne d’Economie et de Science politique*, Vol. 12, Nº 3 (Agosto, 1946).

GILPIN, Robert *Global Political Economy. Understanding the International Economic Order*. Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2001.

HAMILTON, A; J. MADISON y J. JAY, *The Federalist a commentary on the Constitution of the United States*, Philadelphia, J.B. Lippincott, 1864.

HERRS, Jacques *La invención de la Edad Media*. Traducción de Mariona Miralta, segunda edición en castellano, Barcelona, Crítica, 2000.

HILLS, Richard L. "Richard Arkwright and His Patent Granted in 1769", *Notes and Records of the Royal Society of London*, Vol. 24, Nº 2 (Abril., 1970).

HOBBSAWM, Eric *Industria e Imperio. Una historia económica de Gran Bretaña desde 1750*. Traducción de Gonzalo Pontón Editorial, primera reimpresión para Editorial Planeta Argentina, Buenos Aires, Ariel, S.A. y Editorial Planeta, 1998.

HOBBSAWN, Eric, *La era de La Revolución, 1789 – 1848*, tercera edición en castellano, Buenos Aires, Crítica, 2003.

KAHN, Alfred E. «Fundamental Deficiencies of the American Patent Law», *The American Economic Review*, vol. 30, Nº 3 (Sep., 1940).

KHAN, Zorina *Property Rights and Patent Litigation in Early Nineteenth-Century America*, *The Journal of Economic History*, vol. 55, Nº 1 (Mar., 1995).

KAPLAN, Michel (dir.); Christophe PICARD y Michel ZIMMERMAN, *Edad Media siglos IV – X*. Traducción de Fermín Miranda García, primera versión en castellano, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2004.

- Zimmerman, Michel «Occidente en la Edad Media. Economía, sociedad y cultura»
- Picard, Christophe «El imperio abasí. Sociedad y Cultura»

KENT, James, *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos*, Imprenta políglota de Carlos Ramiro, México, 1878.

KOTABE, Masaaki “A Comparative Study of U.S. and Japan Patent Systems”, *Journal of International Business Studies*, Vol. 23, N° 1 (1992).

LATOURNERIE, Anne *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, Cairn/ Assoc. Multitudes, 2001/2, N° 5.

LE BRETÓN, Tomás A., *Patentes de Invención*, Buenos Aires, Universidad de la Capital, 1891.

LE GOFF, Jaques, *Mercaderes y banqueros de la Edad Media*. Traducción de Damià Bas [s.e.], Madrid, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

LERNER, Josh «150 Years of Patent Protection», *The American Economic Review*, Vol. 92, N° 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fourteenth Annual Meeting of the American Economic Association (Mayo, 2002).

LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, tomo III, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1981.

MACHLUP, Fritz y Edith PENROSE, «The Patent Controversy in the Nineteenth Century», *Journal of Economic History*, vol. 10, N° 1 (Mayo, 1950), Cambridge University Press en nombre de Economic History Association.

MACLEOD, Christine “The 1690s Patents Boom: Inventions or Stoch-Jobbing?” en *The Economics History Review*, New Series, Vol. 39, N° 4 (Nov., 1986).

MADELIN, Louis, *Los hombres de la revolución francesa*. Traducción de Amanda Fornes de Gioia [s.e.], Buenos Aires, Ediciones B Argentina S.A., 2004.

MANTOUX, Paul *The Industrial Revolution in the eighteenth century*, New York and Evanston, Harper & Row Publishers, 1962.

MARTÍNEZ ARANCÓN, Ana *La Revolución francesa en sus textos*, Madrid, Tecnos, 1989.

MASSAGUER, José «La propiedad industrial: balance y perspectivas», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Universidad de Santiago de Compostela , Instituto de Derecho Industrial , Tomo XIX, Madrid/Barcelona, Universidad de Santiago de Compostela y Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1999.

MOSER, Petra, “How Do Patent Laws Influence Innovation? Evidence from Nineteenth-Century World’s Fairs”, *The American Economic Review*, Vol. 95, Nº 4 (Sep., 2005).

MURPHY, Craig N *Internacional Organization and Industrial Change. Global Governance Since 1850*, Cambridge, Polity Press, 1994.

NETANEL, Neil Weinstock, *Copyright and a Democratic Civil Society*, Yale Law Journal, vol. 106, 1996.

NUVOLARI, Alessandro “Collective invention during the British Industrial Revolution: The Case of the cornish pumping engine”, *Cambridge Journal of Economics*. Mayo 2004, Vol. 8. Nro. 3.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI)
Documento WO/GA/31/11.

ORTEGA Y GASSET, José *España invertebrada*, Madrid, Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1983.

PATEL, Surendra J. “Intellectual Property Rights in The Uruguay Round: a disaster for the South?”, *Economic and Political Weekly*, Vol. 24, Nº 18 (May 6, 1989).

PENROSE, Edith *La economía del sistema de patentes*. Traducción de Clementina Zamora, México, Siglo Veintiuno Editores S.A., 1974.

PIRENNE, Henri *Las ciudades de la edad media*. Traducción de Francisco Calvo [s.e.], Buenos Aires, Alianza Editorial, 1992.

POLI, Iván «La patente de invención como instrumento monopólico en el derecho norteamericano», *Revista de Derecho Industrial*, Depalma, Buenos Aires, Nº 1, 1979.

POUNDS, Norman J.G., *Historia económica de la Europa medieval*. Traducción de Joseph M. Portella, primera edición en castellano para España y América, Barcelona, Editorial Crítica, 1981.

REDES, vol. III, Nº 8, diciembre de 1996, traducción al castellano de Raquel Albornoz, del título original *The Key relationships*, OCDE, Paris, 1992, documento que integra la serie *The Technology/Economy Programme (TEP)*, editado oficialmente por la OCDE.)

ROLL, Eric *Historia de las doctrinas económicas*. Traducción de Florentino M. Torner, quinta edición en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

ROOVER, Raymond de, «Monopoly Theory Prior to Adam Smith: A Revision» en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 65, Nro. 4 (Nov., 1951).

SÁIZ GONZÁLEZ, Patricio J. *Propiedad Industrial y Revolución Liberal. Historia del sistema español de patentes (1759 – 1929)*, Madrid, editado por la Oficina Española de Patentes y Marcas, 1995.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos *Las instituciones políticas de la historia universal*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1969.

SCHERER, F. M. «Los objetivos de la concesión de patentes», *ICE*, enero 1981. (Traducción de Javier Puig del artículo original titulado «Industrial market structure and economic performance», Chicago, Rand McNally, 1980.)

SCHULTZ, Helga, *Historia económica de Europa, 1500 – 1800. Artesanos, mercaderes y banqueros*. Traducción de José Antonio Padilla Villate, primera edición en castellano, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 2001.

SOKOLOFF, Kenneth “Inventive Activity in Early Industrial America: Evidence From Patent Records, 1790 – 1846” en *Rhe Journal of Economic History*, Vol. 48, Nº 4 (Dic., 1988).

STIGLITZ, Joseph E. *Cómo hacer que funcione la globalización*. Traducción de Amado Diéguez y Paloma Gómez Crespo, primera edición en castellano, Buenos Aires, Taurus, 2006

STRANGE, Susan «States, firms and diplomacy» *Intenational Affairs*, vol. 68, enero de 1992.

STORY, J. *Comentaries on the Constitution of the United States: with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states, before the adoption of the constitution*, Boston, Little, Brown and company, 1858.

SUN, Haochen, «The Road and Beyond: Some Reflections on the TRIPs Agreement and Public Health» en *EJIL*, 2004.

THIRION, Ch y J. BONNET, *De la Legislation Française sur les brevets d’invention*, Paris, Belin et Cie. et Ch. Thirion et J. Bonnet, 1904.

TREVELYAN, G. M., *La Revolución Inglesa 1688 – 1689*. Traducción de Florentino M. Torner, sexta reimpresión en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

TURCHETTI, Simone “For Slow Neutrons, Slow Pay. Enrico Fermi’s patent and de U.S. Atomic Energy Program, 1938 – 1953” en *The University of Chicago Press*, Vol. 97, N° 1 (Mar. 2006).

VIDAURRETA, Guillermo E. *Historia del sistema argentino de patentes de invención (1580 – 1863): propiedad intelectual en la Constitución Nacional. Antecedentes, fuentes e interpretación*, Editorial La Ley S.A., 2007.

V.R.J “The Conflict between a Patentee’s Right to Monopoly and a State Anti-Monopoly Statute”, *Michigan Law Review*, Vol. 10, N° 1(Nov., 1911).

WEBER, Max. *Historia económica general*. Traducción de Manuel Sánchez Sarto, octava reimpresión en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

WHITE, Lynn *Tecnología medieval y cambio social*, Ediciones Paidós, Barcelona, primera edición en castellano 1990 (traducción de Ernesto Córdoba Palacios del original *Medieval Technology and Social Change*, *Oxford University Press* 1962).

ZAMAGNI, Vera “*Historia económica de la Europa contemporánea. De la revolución industrial a la integración europea*”. Traducción al castellano de Jordi Pascual, Barcelona, Editorial Crítica, 2001.