



**Universidad
de La Laguna**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía

Curso 2.022-2.023. Convocatoria de marzo.

Facultad de Derecho y Escuela de Prácticas Jurídicas del ICATF.

LOS INHIBIDORES DEL PROGRESO: UNA CRÍTICA AL SISTEMA DE PATENTES MODERNO

The Inhibitors of Progress: A Critique of The Modern Patent System.

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa.

Área de conocimiento: Derecho Mercantil.

Autor: Don David Díaz González.

Tutora: Doña Irene Navarro Frías.

En San Cristóbal de La Laguna a 07 de marzo de 2.023.

RESUMEN:

El presente trabajo pretende ser una crítica del sistema de patentes moderno, presente en todas las sociedades con un ordenamiento jurídico-mercantil avanzado. Largo y pacífico ha sido el respaldo de los poderes públicos a las invenciones de los operadores jurídicos más perspicaces; y ello no ha hecho tardar la reacción de aquellos que han defendido su permanencia y justificado su existencia como una facultad natural más en Derecho. Igualmente, no se ha hecho esperar una mínima crítica, si bien será igualmente objeto de análisis por las razones que se expondrán en el cuerpo del ensayo. Así las cosas, este trabajo comprenderá tres partes sustanciales: una primera donde se hará un repaso por el contexto histórico de la patente; una segunda de juicio de la visión crítica que estimo mayoritaria y severamente defectuosa; y una tercera de un análisis nuclear del derecho de la patente y las tesis jurídicas finalistas que la sustentan.

Palabras clave: Patente; mercado; crítica; propiedad industrial; derechos industriales.

ABSTRACT:

This paper aims to be a critique of the modern patent system, present in all societies with an advanced legal-commercial system. Long and peaceful has been the support of the public powers to the inventions of the most perceptive legal operators; and this has not delayed the reaction of those who have defended its permanence and justified its existence as one more natural faculty in Law. Likewise, a minimum of criticism has not been expected, although it will also be criticized for the reasons that will be explained below. Thus, this work will comprise three substantial parts: a first one where there will be a review of the historical context of the patent; a second about judgment of critical vision that I consider severely defective majority; and a third of a nuclear analysis of the patent law and the finalist legal theses that support it.

Key words: Patent; market; criticism; industrial property; industrial rights.

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- CONTEXTO Y ORIGEN HISTÓRICO.

- 1.- Teorema de Coase.**
- 2.- El origen naturalista de los derechos de invención y las tesis utilitaristas.**

III.- LAS PATENTES DE INVENCIÓN.

- 1.- Los derechos ideales.**
- 2.- La relación entre los derechos ideales y la propiedad tangible.**
- 3.- Facultades del derecho de patente.**
- 4.- Lo que no es una patente.**

IV.- LAS PATENTES COMO FORMULA DEREDUCCIÓN DE LOS COSTES.

- 1.- Conjetura del Teorema de Coase.**
- 2.- Problemática respecto las invenciones.**
- 3.- Crítica.**

V.- LAS TESIS UTILITARISTAS DE LAS PATENTES.

- 1.- Conjetura base de las tesis utilitaristas.**
- 2.- Crítica.**

VI.- TESIS NATURALISTAS DE LAS PATENTES.

- 1.- Conjetura base de las tesis iusnaturalistas.**
- 2.- ¿Por qué derechos de propiedad?**
- 3.- Sobre la escasez de las ideas.**
- 4.- De la arbitrariedad de los derechos de patentes.**

VII.- DE LOS BENEFICIOS NATURALES DE LA INNOVACIÓN.

- 1.- La invención sin patentes.**
- 2.- El estado de la técnica.**

VIII.- CONCLUSIONES.

IX.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN

Los últimos años han sido testigos de una renovación del interés por un aspecto jurídico en concreto debido a las circunstancias de salubridad que dejó la situación pandémica que todos conocen. Las tesis y modelos teóricos de las patentes, si bien no con la intensidad que merecerían, se convirtieron, una vez más, en un núcleo de análisis jurídico y teleológico; sin embargo, gran parte de teóricos contemporáneos de esta tipología concreta de la propiedad industrial han decidido mantenerse en el marco contemplativo de protección de la invención actual.

Los escasos críticos de la actual teoría y modelo de patentes moderno no se hicieron esperar en mostrar cierta detracción, si bien nunca con un foco teórico acertado y algunas, desde un punto de vista objetivo, dirigidas con un interés subyacente muy cercano a lo espurio, pretendiendo mezclar lo indisoluble; otros en cambio no con tal ánimo, pero sí induciendo, desde mi particular punto de vista, a la equivocación.

La suma de estos factores: la preponderancia por un modelo por parte de la mayoría de los teóricos y el error en el que incurren los opinantes más críticos, son los que, añadido a la escasa literatura jurídica reciente sobre el asunto, motivan la redacción del presente trabajo de fin de máster.

Así las cosas, con este trabajo se pretende poner de manifiesto algo que ha pasado inadvertido desde la creación del modelo de invenciones, debido a una tradición del pensamiento jurídico de la que nunca, a priori, se han manifestado razonablemente sus deficiencias, pareciendo que las patentes se han petrificado en los ordenamientos nacionales e internacionales como si no fuera de recibo replantearse su justicia y validez.

Es así, pues, que queda revelado el principal motivo de este trabajo de investigación: cuestionar con un examen teleológico y teórico el sistema de protección de las invenciones, así como analizar el instituto para conocer sus beneficios para las sociedades basadas en economías de mercado y su justificación, si la tiene.

Por último, agradezco a las personas cuya correspondencia y consejo me han ayudado a realizar este trabajo. Por supuesto, de los errores que el cuerpo de este pueda contener yo soy el único responsable.

II.- CONTEXTO Y ORIGEN HISTÓRICO

Si analizamos la preocupación acuciante que se muestra ahora por la organización jurídico-institucional de las sociedades modernas, podremos percibir que esta inquietud no sólo es relativamente reciente en términos históricos, sino que es compartida por diversos estudiosos de las ciencias sociales en general.

De entre todas las circunstancias observables, las miradas se centran especialmente en una de ellas, en las externalidades que produce la presencia de un actor jurídico concreto y su actividad inherente a su condición de tal: el inventor. Este sujeto, con su sagaz atención para unos, o su suerte carente de mérito para otros, introduce en el tráfico, a través de su conducta, que es inventiva, nuevos procesos útiles a la sociedad, como si de un proveedor de bienestar se tratase – y, de hecho, lo es- tambaleando las escalas productivas más remotas de las sociedades humanas; las cuales, *ex post* obsoletas, están condenadas a desaparecer sin darse si quiera cuenta de la gravedad del hecho que dará su extinción; que es precisamente la invención.

Es así cómo quedó establecida la principal preocupación de los juristas en este campo y demás teóricos de las ciencias sociales: el inventor, que favorece al avance de las sociedades humanas en general, es una fuente de externalidades negativas para un sistema de derechos de propiedad, las cuales, para establecer el trabajo en términos sencillos, las codificaremos a los meros efectos jurídico-dialécticos como aquellos actos volitivos que, provocando un daño a los derechos de terceros, producirían la obligación de cese o compensación muy difícil de resarcir.¹

Debido a la agresiva injerencia que supone mantener estos efectos adversos en la estructura de derechos de propiedad en la sociedad, no tardaron determinados teóricos en justificar la movilización de los poderes públicos para crear unos “derechos de propiedad” que solucionasen el “fallo” del mercado; en definitiva, crear una institución justa que permitiese internalizar los daños, determinarlos para que no se extendiesen al infinito, como

¹ Los actos dañosos de esta naturaleza, denominados doctrinalmente como externalidades, fruto de las actuaciones de otros individuos con capacidad, en realidad, desbordan de la teoría de los daños y la responsabilidad extracontractual, ello por cuanto se trata de una virtud inherente a la naturaleza humana y, así como un embarazo no genera un derecho de compensación contra el hijo por los daños padecidos, los titulares de otros derechos de propiedad tienen el deber jurídico de soportar estos actos inventivos, pues de no ser así estaríamos ante un uso antisocial del derecho. En este caso, se trataría de un elemento objetivo de exclusión del daño que se desprendería de la propia naturaleza humana.

de hecho puede suceder de un existir la propiedad industrial, y crear una estructura que suponga minimizar los costes de transacción de los derechos de propiedad de todos los individuos en sociedad.

Es en este paradigma, en el que se plantea la aplicación del Teorema de Coase a las circunstancias del inventor y, posteriormente, la solución a las externalidades que genera: las patentes de invención.

1.- El Teorema de Coase

El Teorema de Coase es un enunciado teórico que establece como no necesaria la intervención de los poderes públicos para internalizar los efectos adversos de la innovación -en este caso- siempre y cuando los costes de transar sean bajos o nulos y que los derechos de propiedad estén bien definidos.² De esta forma, de plantearse cualquier controversia relacionada con los derechos de propiedad, la asignación de estos se hará, de no ajustarse las circunstancias a las preferencias que tengan los propietarios, a los que en realidad más los valoran.

Sin embargo, es precisamente esta situación la que no puede darse y no solucionarse las externalidades de la invención, pues el inventor, que es fuente de ellas, no sólo se ve afectado a sí mismo por su invención, sino que también puede afectar a toda la humanidad; y es por ello por lo que los costes de la negociación, supuestamente, siempre serán altos y tenderían hasta el infinito o cotas imposibles de prever.

Es por ello por lo que, siguiendo este teorema, al ser la innovación un coste de transacción tan elevado para un sistema basado en los derechos de propiedad y no existir realmente acciones legales contra ella, se deben establecer nuevos derechos de propiedad que formulen un menor coste para los sujetos jurídicos. Esta fórmula, finalmente, ha sido la tipología de la propiedad industrial conocida como las patentes de invención.³

Es decir, que el sistema de patentes, desde una perspectiva tecnócrata es, poco menos, que una exigencia de orden público si se pretende asegurar el funcionamiento de un sistema óptimo basado en los derechos de propiedad de los sujetos jurídicos y maximizar, así, el bienestar social.

² Consulta del Centro de Análisis de las Decisiones Públicas de la Universidad Francisco Marroquín. Disponible en: <https://cadep.ufm.edu/concepto/teorema-de-coase/>

³ SÁIZ GONZÁLEZ, PATRICIO.J.: *Propiedad Industrial y Revolución Liberal*, Editorial Miner, Madrid, 1995, pág. 26.

2.- El origen naturalista de los derechos de invención y las tesis utilitaristas

La segunda base que da contexto a los derechos de invención sobre las ideas es la tesis de los derechos naturales y la de los fines utilitarios de estas. Las primeras basan su justificación en la noción de que los seres humanos son propietarios de su propio trabajo y, por ello, también de los frutos que genera; en definitiva, un sujeto jurídico es propietario de sus creaciones porque son una consecuencia directa de otras *res* de las que ya es propietario; en este caso, de su mente y los productos de esta. En tal sentido, se trata de igualar la propiedad tangible a la intangible.

Por otro lado, también encuentran las patentes una justificación utilitarista, cuyas tesis defienden la creación de un haz de derechos y facultades protectoras de la invención destinadas a maximizar la riqueza o el bienestar de la sociedad, puesto que, si no fuera así, se carecería de incentivos para realizar estos procesos inventivos y la sociedad, como consecuencia de la escasez de estos, se estancaría.

Siendo estas las bases teóricas contextuales e históricas sobre las que ha pivotado el derecho de propiedad industrial, y las patentes y derechos de invención en particular, previo a indagar en estos argumentos, es conveniente fijar el objeto del estudio y determinar la tipología jurídica que será objeto de análisis, la cual se examina a continuación.

III.- LAS PATENTES DE INVENCIÓN

Los derechos de propiedad industrial e intelectual son una tipología jurídica que encuentra en su haber diversos derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico mercantil que se caracterizan, en su mayoría, por recaer sobre objetos intangibles. La cosa no corpórea, y demás bienes de esta naturaleza, tales como las ideas, se encuentran protegidos por diversos institutos jurídicos que se incluyen en esta categoría; uno de ellos es la patente de invención.

Podríamos definir las patentes, *grosso modo*, como el derecho exclusivo de los sujetos inventores sobre los frutos de su capacidad inventiva, los cuales se concretan en dispositivos o procesos útiles.⁴ Esto implica que han de ser susceptibles de una aplicación industrial.⁵ De esta estricta definición se desprenden varios aspectos que van a limitar el desarrollo posterior de este trabajo:

I.- Los derechos de propiedad industrial, y las patentes en particular, no se corresponden con las facultades de dominio propias de la propiedad tangible (derechos reales), ello por cuanto estas otorgan el simple monopolio exclusivo sobre las ideas propias.

II.- El objeto sobre el que recaen las patentes son las ideas, objetos intangibles que se corresponden con una modalidad jurídica que, por su naturaleza, es antagónica con los derechos reales, la cual llamaremos, de ahora en adelante, derechos ideales.

III.- Por ser un derecho de exclusiva, las patentes son facultades con una marcada vertiente negativa; esto es: que más que garantizar el uso de la invención al inventor, le permite impedir a otros emprender negocios jurídicos con la suya.

⁴ PEINADO GRACIA, JUAN IGNACIO: “Derecho Industrial (I), Las innovaciones”, en AA. VV (APARICIO GONZÁLEZ, MARÍA LUISA., Coord.ª): *Lecciones de Derecho Mercantil*, 16^a Edición, Thomson Reuters, Navarra, 2018, pág. 237.

⁵ Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, BOE N.º 177, de 25/07/ 2015, (en adelante LP), art. 4.

IV.- Al recaer estos derechos de propiedad sobre los frutos de la inventiva, esto implica necesariamente que los objetos ideales sujetos a patente sean inéditos; esto es que la invención no sea conocida o fácilmente cognoscible en el momento de plantearse por un experto en la materia.⁶

1.- Los derechos ideales

Hemos esbozado, como se apuntó más arriba, que los derechos de propiedad industrial, y las patentes en particular, pueden considerarse como facultades sobre objetos ideales, y es esa especialidad del objeto sobre el que se es propietario la que determina la clasificación como derechos ideales. Se trata, en definitiva, de facultades de un sujeto sobre sus propias ideas. Es importante destacar la controversia de tal afirmación, ello por cuanto verdaderamente también da facultades al propietario sobre cada elemento físico de la invención⁷, lo cual ha convencido desacertadamente a algunos teóricos de que, en realidad, no son derechos sobre las ideas, sino sobre objetos tangibles, muy parecido a los derechos reales de propiedad tradicional.

Bajo esta vertiente, el objeto de las patentes no serían objetos ideales, sino la expresión concreta de las ideas contenidas en objetos reales a través de un esfuerzo cognitivo y novedoso.⁸ No cabe negar que la tesis goza de una lógica impecable; consideremos que soy dueño de una patente de una ratonera que incorpora metal con memoria. Como titular legítimo, tengo derechos sobre el objeto ideal subyacente, de lo cual la ratonera es sólo un ejemplo. Así, como propietario industrial, tendría un dominio, o más bien una facultad de prohibición, sobre el patrón de piezas de la ratonera como expresión corpórea de los objetos ideales, y así sobre cada reflejo tangible de sus ideas.⁹

A pesar de ello, y sobre esto ahondaremos más adelante, la tesis resulta muy quebradiza, pues si atendemos a la relación entre los derechos tangibles e intangibles, al dominio mediato sobre los objetos reales, es precisamente tal relación la que delata que el

⁶ STS 434/2013, de 12 de junio de 2013, Sala 1ª de lo Civil.: FJ 13º.

⁷ STEPHAN KINSELLA. N.: *Contra La Propiedad Intelectual*, 1ª Edición, Colección Anarkhos, Unión Editorial, Madrid, 2019, pág. 25.

⁸ SUÑOL A.: *El Derecho de la Propiedad Intelectual no Protege las Ideas*. Disponible en: <https://almacendederecho.org/el-derecho-de-la-propiedad-intelectual-no-protege-las-ideas> (última consulta el 22 de febrero de 2023).

⁹ STEPHAN KINSELLA. N.: *ob.cit*, pág. 25.

objeto de la patente es ideal; cualquier prohibición de una manifestación externa de mi idea, va a proteger sólo mi idea, no el patrón externo de lo tangible que es ajeno a lo patentado.

2.- La relación entre los derechos ideales y la propiedad tangible

Como se señaló en el epígrafe anterior, los derechos de patentes pueden ser considerados como derechos relativos a los objetos ideales, los cuales permiten afectar a las manifestaciones externas tangibles de la idea mediante el dominio mediato de un objeto ideal, que es subyacente a los patrones físicos en los que se concreta la invención.

Así, las materializaciones de estas ideas en el mundo físico, aunque tengan dueño, son sólo copias.¹⁰ Si soy titular de un derecho de patentes sobre una máquina de *fracking* que permite hacer los hoyos a presiones muy intensas debido a la aleación que he creado, lo soy sobre el patrón lógico completo que permite el desarrollo de la invención; por lo tanto, si se llegase a producir este invento, el adquirente de esta máquina sólo lo es de la copia física, de la reproducción masiva de la idea, si bien no de la idea en sí misma.¹¹

Esto significa que si un particular se hace con determinados medios legítimamente adquiridos, este no podría hacer copias de lo sujeto a patente, incluso si estos elementos son de su propiedad; así que, aunque exista alguien propietario de hierro y de los medios necesarios para crear una aleación metálica que soporte la presión para realizar esta técnica de excavación, existiría un tercero con medios válidos en derecho para determinar, con carácter universal, el uso que otros titulares dan a sus propios bienes cuando de replicar la invención se tratase.

Así, se puede entender la patente, primero, como el derecho a impedir que un tercero ponga en práctica la invención patentada, incluso cuando este individuo sólo afecta su propiedad, y segundo, como un derecho de control sobre la propiedad tangible de otros.¹²

3.- Facultades del derecho de patente

Una vez determinado que las patentes son derechos ideales, resulta procedente pronunciarse sobre el haz de prerrogativas que otorga el reconocimiento de estos derechos a sus titulares. Esencialmente, incorporan un derecho monopolístico, que da un control

¹⁰ STEPHAN KINSELLA. N.: *ob.cit*, pág. 25.

¹¹ *Ibidem*

¹² *Idem*, pág. 26.

exclusivo y excluyente sobre las ideas sujetas a este derecho, el cual tendrá una vigencia veinte años desde la presentación de la solicitud ante el registro público correspondiente según el ámbito en el que se pretendan sus efectos.¹³

Principalmente se encuentra un haz de acciones civiles relativas a la acción de cesación de una conducta infractora, derecho a los frutos de la aplicación ilegítima de la patente y la indemnización por los daños y perjuicios causados, incluyendo el daño por el desprestigio ocasionado, si llegase a existir una aplicación defectuosa en el mercado, de las ideas sujetas a patente.¹⁴

De estas prerrogativas integradas en los derechos de patente se desprende que las patentes son derechos negativos; es decir, que permiten evitar la realización de un resultado concreto a un tercero con su invención, que es considerada una intromisión ilegítima en la esfera del que es titular de aquella facultad.

Por otro lado, no faltan las obligaciones que componen el estatuto jurídico de las patentes, consistente, fundamentalmente, en la imposición de una obligación de hacer precisa: la de explotar la invención sujeta a monopolio, lo cual podría concretarse en darle una salida al mercado de una forma u otra, ya fuere mediante licencias o cesiones o por la explotación directa. Esto se entiende que es para garantizar la función social de la patente.¹⁵

Así mismo, existe una especialidad en el ámbito farmacéutico dado por la “cláusula Bolar”, según la cual se impone la obligación al titular de este derecho industrial de tolerar todos aquellos actos de terceros de prueba, experimentación y solicitud de autorización para la comercialización de un producto farmacéutico genérico.

Esto se entiende con el fin de que, cuando expire el plazo de exclusividad de la patente, las farmacéuticas estén en condiciones de suministrar este medicamento en el mercado con competitividad. Es decir, su función principal es no eternizar más de lo necesario el proceso de ingreso del medicamento en el tráfico.¹⁶

¹³ PEINADO GRACIA, JUAN IGNACIO: “Derecho Industrial (I), Las innovaciones”, en AA. VV (LUISA APARECIO, MARÍA., Coord.^a): *ob cit.* Pág. 244.

¹⁴ Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, BOE N.º 177, de 25/07/ 2015, (en adelante LP), art 71.

¹⁵ LP, art 92. En el mismo sentido, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, ADPIC), firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.: Parte II, Sección 1ª, art 19.

¹⁶ NAVARRO FRÍAS, IRENE.: “Lección 28, Protección de los Resultados de la investigación (I)”, EN AA. VV (ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA., Director): “Manual de Bioderecho”, 1ª. edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2022, pág. 744-745.

4.- Lo que no es la patente

Se hace necesario aquí, una vez determinado lo que se entiende por patente de invención, indagar en lo que no es una patente, lo cual justifica adelantar un aspecto de la crítica objeto de este trabajo. Existe cierta tendencia a criticar el sistema de patentes sobre la base de que el mismo es una consecuencia lógica del advenimiento de los sistemas basados en los derechos de propiedad y libre empresa. Así las patentes serían una parte sin la cual no serían posibles las sociedades de libre mercado.

En realidad, las patentes no son ni derechos de propiedad fruto de facultades naturales de los individuos; ni son una tendencia natural de los sistemas basados en estructuras de derechos de propiedad; ni son una condición sin la cual la sociedad no prosperaría, así como tampoco justifican la consecución una supuesta finalidad benéfica para la colectividad y el inventor. Sobre este y otros aspectos profundizaremos en las próximas páginas de este trabajo.

IV.- LAS PATENTES COMO FÓRMULA DE REDUCCIÓN DE LOS COSTES

Como indicamos al inicio del trabajo, las patentes encuentran una parte de su justificación en la necesidad de establecer derechos de propiedad sobre las ideas para la pervivencia de un sistema con estructura basada en los derechos de propiedad. El inventor sería una fuente de externalidades que perjudicaría la pervivencia de esta estructura y se haría necesaria la intervención a través del establecimiento de nuevos derechos de propiedad para favorecer la transmisión de estos a los que más los valoran, pues los costes entre el inventor y la sociedad tenderían a incrementarse a cotas poco óptimas.

En realidad, persiguiendo estos fines se estaría induciendo el efecto contrario, y para demostrarlo esbozaremos los aspectos más fundamentales de esta postura.

1.- Conjetura base del teorema de Coase

La proposición de Coase establece un patrón del comportamiento humano en las transacciones cuando de derechos de propiedad se trata: los individuos son capaces de alcanzar acuerdos entre ellos cuando los costes de transacción son nulos o muy bajos y las cosas tengan dueño, de tal forma que, fruto de esta negociación, se asignarán los derechos de propiedad hacia aquellos que más los valoran, incluso si se establecen fallos judiciales contrarios. Así, lo óptimo sería tender a estructuras de derechos donde los costes sean mínimos para poder internalizar los efectos adversos sin necesidad de la intervención pública.

Así, por ejemplo, tomemos la situación hipotética de una universidad cuyos directivos advierten que la labor del profesorado se ve dificultada por la actividad de transporte de pasajeros emprendido por una compañía de líneas aéreas. La universidad pretende que cambien de zona, y la compañía pretende seguir prestando sus servicios pues le va bien y tienen clientes. Fruto de la disputa, deciden resolver la controversia en los Juzgados de su ciudad. Suponiendo que gane la universidad, la compañía debería de cambiarse de zona, a no ser que la universidad esté dispuesta a aceptar una compensación a favor del profesorado por la actividad que desarrolla la aerolínea si renuncian a ejecutar el fallo de cambiarse de zona.

Esta tendencia natural a la autocomposición de los conflictos entre los sujetos jurídicos, que supone la asignación de los derechos de propiedad a quien más los valora, es la base del teorema de Coase.

2.- Problemática respecto las invenciones

Pues bien, en este sentido, el inventor es un foco de externalidades, ya que los costes en los que debe incurrir él mismo para realizar la innovación hace imposible llegar a un acuerdo con otros, lo cual incrementa el coste social en general, pues las interacciones sociales no serían dádivas al inventor y ello supondría un retraimiento del desarrollo social por la falta del invento.¹⁷

Precisamente, porque los costes se extienden hasta cotas inexorables entre ambos sujetos, se hace imposible llegar acuerdos -realizar el Teorema de Coase- entre el inventor y el entorno social, lo cual hace necesario establecer nuevos derechos de propiedad. De esta forma, al inventor al tener una propiedad exclusiva que le beneficia frente al conjunto social, se induce forzosamente a la negociación; y el hecho de conocer con quien negociar, y no hacerlo supondría incurrir en ilícitos, facilita la internalización de los costes de ambos sujetos. Esto adicionado a que resulta la patente en una exclusividad temporal, favorecería a que los costes de transacción fueren menores y que el inventor fuera dádivo a inventar.¹⁸

3.- Crítica

A pesar de este razonamiento, a mi juicio, la aplicación de esta idea a las invenciones resulta frágil y una forma innecesaria de generar un dilema, al cual pareciera contribuirse estableciéndose derechos de patentes que de no hacerlo.

Como premisa, debemos de atender al prerrequisito que exige aplicar la tesis de Coase para corregir las externalidades, la cual consiste únicamente en la existencia de derechos de acción previos. Es decir, que los sujetos implicados en un conflicto tengan desde un inicio posibilidad de imponer al otro una decisión a su controversia sobre sus propios derechos. Los títulos que facilitan esto pueden ser varios, desde figuras contractuales hasta la responsabilidad civil extracontractual.

¹⁷ SÁIZ GONZÁLEZ, PATRICIO.J.: *ob. cit.*, pág. 29.

¹⁸ *Ibidem*

El inventor, previo a los derechos de patente, no puede decirse que tuviese un derecho que pudiese ejercer contra otro, por lo que tampoco lo tenía de acción por motivo de su idea materializada en invento. Más bien las patentes son derechos creados sólo para estos fines, aunque sobre esto se profundizará más adelante.

De esto, podemos extraer otra consecuencia, que la de que las controversias deben ser individuales. No se puede instituir a la sociedad como un ente jurídico a nivel del inventor; este es abstracto, carente de un elemento volitivo sustancial que le haga tomar decisiones como lo haría un individuo. Debido a que la sociedad no tiene una capacidad de obrar colegiada que le permite llegar a acuerdos, plantear este escenario como posible no es conducente.

Sin embargo, a pesar de que no resulte adecuado, podría pensarse que las patentes siguen siendo la solución para establecer unos costes bajos para el inventor y la sociedad que le induzcan a innovar para favorecer al conjunto social.

Si atendemos a las facultades que otorga una patente, una de estas es el monopolio exclusivo de la invención, es decir, una facultad *erga omnes* frente a todos. Esta coyuntura, que obliga inexorablemente a negociar con el inventor, que es uno y único entre todos para esa idea, lo que la vuelve, ya no escasa, sino singular, es precisamente un disparador de los costes de implementar una innovación. Para ello, pongamos un ejemplo:

Supongamos la existencia una compañía constructora que necesita suelo, y para ello acude al mercado para comprarlo. La compañía, con el ánimo de emprender su actividad constructora, compra la mayoría del suelo de la isla de Tenerife salvo el mío. En este estadio del tráfico, donde el suelo escasea tanto, ya no será sólo la constructora la única interesada, sino también otras constructoras, compañías agrícolas, particulares, incluso empresas que, sin dedicarse expresamente al suelo, necesiten la superficie, tales como empresas de transporte, logística o almacenaje. Esta situación, debido a la cantidad de sujetos que aprecian mi suelo, hace que el coste de ponerse de acuerdo en la transacción entre varios sujetos sea muy alto, ya que, además de que el bien corpóreo es muy escaso, mucha gente está dispuesta a adquirirlo, pues resulta muy poco fungible con otros bienes corpóreos menos idóneos para poder conseguir sus fines.

Establecer derechos de patentes conduce, en esencia, a esto mismo; a crear un mercado de las ideas, generando escasez donde antes no la había, donde el único oferente será siempre el inventor, lo cual incrementa, esta vez sí, a cotas muy altas los costes. Esto inevitablemente, frena la acción de progreso durante el periodo que dure la patente.

Por otro lado, los derechos de propiedad asignados por patentes son muy inciertos, ya que por la naturaleza del objeto en el que recaen, precisamente intangibles, los hace padecer de una acuciante languidez, con unos límites muy inciertos, los cuales a veces pueden ser muy poco deducibles, incluso para el más avezado de los juristas.¹⁹ Esto, desde luego, incumple otro de los requisitos del Teorema de Coase: que los derechos de propiedad estén bien definidos.

De esto se puede deducir los otros dos aspectos sujetos a crítica: las tesis utilitaristas de los derechos de patentes, y la tesis de las patentes como un derecho natural del inventor, las cuales serán tratadas en profundidad en los siguientes puntos.

¹⁹ STEPHAN KINSELLA. N.: *ob.cit*, pág. 72

V.- LAS TESIS UTILITARISTAS DE LAS PATENTES

No es poco común entre los defensores de los derechos de patentes aquellos que justifican esta forma de propiedad industrial desde una perspectiva finalista. Los apologistas de la tesis consecuencialista, más que acreditar la justicia de esta institución, basan el sistema jurídico en la consecución de un fin concreto: maximizar el incentivo a crear inventos útiles para la sociedad.

1.- Conjetura base de las tesis utilitaristas

El argumento consecuencialista establece que, para maximizar la riqueza o la utilidad en las sociedades, se deben confeccionar normas jurídicas que tiendan a acrecentarlas. Así, la patente supondría una protección de la inventiva que nos lleva a todos a una mayor riqueza o bienestar, por suponer los monopolios de ideas un estímulo a los inventores para producir innovaciones.²⁰ Esta facultad de exclusión reduciría el efecto gorrón, evitando que otros aprovechen la perspicacia del inventor, y centraría los recursos de los agentes jurídicos en producir estas innovaciones en lugar del espionaje o en medidas de protección del secreto industrial.²¹ En definitiva, se deben de otorgar derechos exclusivos sobre las invenciones para estimular la investigación y el avance social consecuente.²²

2.- Crítica

Los partidarios de las patentes, a menudo, justifican los derechos de patente desde una perspectiva utilitarista. Los defensores de esta postura no basan la permanencia de estos derechos en la justicia del instituto industrial, sino que enfocan su pervivencia en función de los buenos fines que se aseguran; es decir, que disculpan los medios de restricción de la libertad de terceros para con su propiedad con la finalidad de obtener una mayor innovación.

²⁰ STEPHAN KINSELLA. N.: *ob.cit.*, pág. 30

²¹ SÁIZ GONZÁLEZ, PATRICIO.J.: *ob.cit.*, pág 30.

²² NAVARRO FRÍAS, IRENE.: “Lección 28, *Protección de los Resultados de la investigación (I)*”, EN AA. VV (ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA., Director): *ob.cit.*, págs. 727-729.

Para comenzar, supongamos que la adopción de determinadas reglas ciertamente supone un incremento de la riqueza en general, si es que tal cosa es cierta. Aún si esto fuera de esta manera, no se puede justificar en Derecho la creación de estos sistemas. En este sentido, conviene recordar que el objetivo de la Ley, como espíritu constitutivo de cualquier ordenamiento jurídico, no es maximizar el bienestar, sino la Justicia: dar a cada uno lo suyo.²³ Esto quiere decir que, incluso si la riqueza social se incrementase por los derechos de patente, esto no implica que el supuestamente beneficioso resultado justificase conculcar los derechos individuales de terceros al uso de su propiedad legítima.

Ciertamente, la cuestión de la legitimidad es un aspecto del análisis utilitarista que brilla por su ausencia. Preguntarse si una Ley es justa es plantearse, en el fondo, si es adecuado emplear la fuerza contra ciertas personas en estas circunstancias; y al margen de los derechos afectados por tan gravosas decisiones, para los utilitaristas, para bien o para mal, no es una cuestión sobre la que merezca pronunciarse.²⁴

Dejando de lado los problemas éticos de esta postura, la tesis utilitarista de las patentes es muy quebradiza en cuanto a los fines que pretende afianzar. Y es que, en realidad, no puede asegurarse que los derechos de patentes hayan producido un cambio positivo en la riqueza general²⁵. Esta afirmación puede parecer un tanto frívola; sin embargo, cuando los defensores de este argumento pretenden legitimar el uso de la fuerza contra la propiedad de otros, son precisamente estos los que al menos deberían de probar la existencia de una mejora significativa en el campo de la invención. No puede ignorarse, con todo, que medir esto es imposible; ¿qué parámetros usan para medir la riqueza?; ¿el enriquecimiento del inventor?; ¿los distorsionados precios de su idea monopolizada para quien esté dispuesto a asumirlos?; ¿los costes en los que incurre menos los beneficios?; los precios, en general, ya han demostrado no ser una adecuada medida del valor de las cosas, ello por cuanto es el reflejo interpersonal y concreto de lo que las partes están dispuesta a disponer por algo, que siempre tendrá un valor subjetivo menor que lo que puedan adquirir²⁶; ¿cómo se cuantifica el supuesto incremento de la riqueza o el bienestar neto?

La utilización de una metodología incorrecta lleva a los consecuencialistas a realizar comparaciones interpersonales que no son conducentes, ni a considerar un aumento neto del bienestar por las patentes, ni a pensar que, de no existir, las innovaciones dejen de suceder

²³ D.1.1.10.1 (Ulpiano).

²⁴ STEPHAN KINSELLA. N.: *ob.cit.*, pág. 36

²⁵ *Idem*, pág. 35.

²⁶ VON MISES.L.: *La Teoría del Dinero y el Crédito*, 2ª Edición, Unión Editorial, Madrid, 2012, págs. 38-39.

y se dé el estancamiento humano. A ello, se le añade la falta de argumentación respecto la legitimación jurídica del instituto, lo cual hace la tesis fundamentalmente frágil.

De hecho, el argumento según el cual sin patentes no habría invención es muy falsable, pues podríamos aplicarlo a cualquier ámbito y observar que no existe un detrimento de lo que se pretende asegurar. Para mostrarlo, partamos de un ejemplo.

Supongamos que el lector y yo estamos convencidos de que los empresarios son, en última instancia, sujetos que, buscando un interés particular, producen bienes y servicios útiles para sociedad, de tal forma que se convierten, sin un ánimo directo a ello, en benefactores sociales. Esta conjetura, sin embargo, nos lleva al siguiente dilema: si muchos son capaces de imitar un modelo de negocio, quien se le ocurriese haberlo emprendido primero va a ver mermado sus ganancias, con ello sus incentivos, y no va a poder recuperar su inversión que tanto le costó, estancando las sociedades y los servicios básicos. Para solucionar este dilema, crearemos un nuevo derecho de propiedad sobre las formas de negocio, el cual se otorgará al titular y le permitirá prohibir a otros emprender con su idea; esto no sólo aseguraría los negocios, sino que supondría un incentivo para otros emprendedores para crear los suyos propios, los cuales, al tener que ser innovadores si no quieren incurrir en un ilícito, derivarían en nuevas formas de negocio que ni si quiera conocemos, lo cual redundaría en un aumento del bienestar social.

Así, igualmente podría aplicarse esta lógica al ámbito académico: si otorgamos derechos exclusivos sobre las cátedras universitarias, esto incentivará la investigación y obligará a los investigadores-docentes a abrir nuevas vías de investigación, lo cual contribuiría a lo anterior.

Para rebatir esto último basta observar la realidad para percibir que establecer monopolios sobre los planes empresariales no es necesario para aumentar la emprendeduría o crear nuevas vías de negocio; de hecho, se seguirá emprendiendo siempre hasta cuando los sectores son muy competitivos. Con ello, se establece que no hay, tampoco, evidencia empírica que respalde que sin patentes habría menos invención o una menor inversión en I+D, por ejemplo, lo que nos lleva a deducir que no hay una evidencia racional que nos haga creer que no se darían invenciones de no haber patentes.

VI.- LAS TESIS NATURALISTAS DE LAS PATENTES

El otro argumento a favor de los derechos de propiedad sobre las invenciones es el de los derechos naturales. Este, en comparación con los otros puntos, supone un riguroso análisis de la legitimidad de la institución, si bien, previo al desarrollo de la crítica, deberemos relatar en qué se basa esta postura para justificar los derechos de patente.

1.- Conjetura base de las tesis iusnaturalistas

Las tesis iusnaturalistas de los derechos de patentes presuponen que los individuos son propietarios de los frutos que genere su trabajo y otras *res* de las que es propietario. Así, puesto que cada uno es propietario de su propio trabajo se tiene el derecho natural a los frutos del esfuerzo propio. Desde este punto de vista, “*igual que uno tiene derecho a cosechar lo que planta, también tiene derecho a las ideas que genera y las artes que produce*”²⁷; en definitiva, un derecho de propiedad, similar al derecho real de, sobre las creaciones intelectuales e invenciones.

2.- ¿Por qué derechos de propiedad?

Para empezar, si se pretende defender el establecimiento de determinados derechos de propiedad sobre objetos ideales, debemos acudir a la función social de la propiedad para determinar si son una institución legítima en Derecho, lo que equivale a preguntarse lo siguiente: ¿por qué existen derechos de propiedad? Los derechos de propiedad, en un sistema basado en su composición, cumplen la función de resolver o prevenir conflictos sobre recursos escasos.

Existe desde el inicio de los tiempos un problema sobre los bienes tangibles: la escasez, entendida como la imposibilidad de asignar recursos ilimitadamente a todos los sujetos en una sociedad. El hecho de que los bienes sean escasos hace que surja el conflicto

²⁷ PALMER.T.: *¿Están las patentes y los derechos de copyright moralmente justificados? La filosofía de los derechos de propiedad y objetos ideales*. Harv. JL & Pub, 1990, pág. 818-819. Disponible en Google Scholar en: <https://scholar.google.com/scholar?hl=en&q=Are+patents+and+copyrights+morally+justified%3F+The+p+hilosophy+of+property+rights+and+ideal+objects>

entre diversos actores humanos, y es el deseo o la necesidad de muchos individuos sobre bienes escasos lo que hace que estos sean insuficientes para satisfacer lo que todos desean.²⁸

Así las cosas, para resolver esta fuente de conflictos, se hace necesario establecer límites visibles y justos; discernibles intersubjetivamente, objetivos y observables por los terceros no dueños de las cosas, para así prevenir los conflictos interpersonales sobre estos recursos. De esta manera, y sin mandato previo de alguna autoridad, se instaura la propiedad privada, una facultad natural de los sujetos jurídicos de adueñarse de las cosas, como una forma de resolución de estos conflictos, basada en otorgar facultades exclusivas sobre los recursos a determinados sujetos, denominados propietarios.²⁹ Si los recursos tienen dueño, ello implica unos límites a la actuación, y si no son claros, es muy fácil que los terceros, dueños de unas cosas, puedan verlos. En definitiva, es la aplicación del aforismo: “buenas vallas hacen buenos vecinos.”

A su vez, la forma de apropiarse de los recursos debe ser justa, para lo cual rige la regla natural del primer ocupante: quien libre y pacíficamente ocupe las cosas sin dueño, se hace propietario natural de estas. La importancia de este talud empírico es de vital importancia, por ser una forma de atribución objetiva y no arbitraria de los recursos.

Estableciendo los derechos de propiedad de esta manera, los límites de la propiedad son visibles y justos, lo que hace evitable los conflictos con estos derechos, esencialmente, porque los demás pueden verlos y apartarse de ellos, y además con razones fundadas porque lo establecido es, conforme la regla del primer ocupante, justo.³⁰

En contraposición a esto, si estuviésemos en el Nirvana, allá donde todos los bienes son abundantes o infinitos, definitivamente no surgirían derechos de propiedad, porque no habría escasez ni la consecuente necesidad de asignar los recursos, pues estos no serían escasos. Llevarse algo de alguien en estas circunstancias no sería un robo, porque no tendría dueño al no ser necesaria la propiedad de las cosas. Al ser los recursos infinitos, situación imposible en el mundo real, la propiedad privada pierde sentido, pues no es posible ser propietario de algo no escaso³¹; en definitiva, propietario de algo tan fungible entre los muchos sustitutivos que abundan que sería imposible, en realidad, privarme de algo que legítimamente he adquirido.³²

²⁸ STEPHAN KINSELLA. N.: *ob.cit*, pág. 47.

²⁹ *Idem*, pág. 48.

³⁰ *Idem*, pág. 50

³¹ *Ibidem*

³² Un ejemplo de esto sería el aire común que se respira.

2.- Sobre la escasez de los objetos ideales

Una vez determinado que los derechos de propiedad sólo se establecen, cuando los límites son claros y justos, sobre recursos escasos, ¿podríamos decir que las ideas son escasas? Cuando hablamos de escasez, debemos hacer referencia al uso de un determinado recurso. De esta forma, si el empleo de este priva a otros de su utilización, entonces estamos ante un recurso escaso.

En el caso de las ideas sobre invenciones, no podemos afirmar que estamos ante un recurso escaso: el hecho de que yo utilice la técnica de un experimentado apicultor que permita recolectar más rápido la miel, no priva de ella al inventor. En este caso, ambos podrían usarla y recolectar la miel sin problema.

Los objetos ideales no son escasos como los terrenos o los coches. Si alguien me quita mi coche, o el coche que yo quiero, ya no tendré ese coche, lo tendrá otro y me privará de su uso como consecuencia de que se ha vuelto propietario. Debido a que los derechos ideales como las patentes no atañen a objetos escasos, no tiene sentido afectarlos con derechos de propiedad desde un inicio.³³ Pareciera que establecer la fundación de estos derechos en la creación más que en la escasez redundase en la idea de que, en realidad, las patentes son un privilegio otorgado por el estado más que una facultad natural de los sujetos jurídicos, que crea precisamente esa escasez artificial sin justificación.

2.- De la arbitrariedad de los derechos de patentes

Según los defensores de los derechos de patentes, estos son simplemente el derecho natural de los sujetos jurídicos a los productos de su mente, calificándolo como una prerrogativa más de los derechos individuales de un ciudadano.³⁴ Estas formas de propiedad, a pesar de lo descrito anteriormente, en realidad, no protegen los frutos de la capacidad racional del individuo; al menos, no todos.

Si esto fuera así, cualquier idea que tuviese una aplicación útil estaría sujeta a propiedad. Por ejemplo, las verdades matemáticas, filosóficas, jurídicas y, en general científicas deberían de tener bajo esta definición alguna forma de propiedad. Sin embargo, no es el caso.

³³ STEPHAN KINSELLA. N.: *ob.cit*, pág. 51-53.

³⁴ RAND.A.: *Capitalismo, el Ideal Desconocido, Ensayo sobre Patentes y Copyright*, Editorial Deusto, 2019, págs.130-131.

Esta distinción, aparentemente arbitraria entre lo patentable y no patentable, ha sido objeto de justificación por los iusnaturalistas, llegando a desarrollar dos categorías jurídicas: el descubrimiento y la invención. Así, el descubrimiento consistiría en identificar un hecho, principio o Ley de la naturaleza desconocido previamente, y una invención, lo patentable, en una creación genuina con una proyección práctica y no abstracta.³⁵

Esta distinción entre descubridor e inventor, sin embargo, no es en absoluto rigurosa. Para entender esto, debemos entender primero que las diferencias entre el descubridor y el inventor, a menudo, son tan abstractas que se escapan a la clasificación pretendida. Un inventor, al fin y al cabo, no crea nada, ordena la materia en un patrón que resulta en modelos y estructuras antes no conocidas. Si un ingeniero industrial inventa una máquina excavadora, sólo ha reordenado la materia previa, la cual, por cierto, seguirá simplemente las leyes de la naturaleza preexistentes. El inventor, en definitiva, no inventa la materia de la excavadora, así como tampoco los hechos y las leyes naturales para hacerla funcionar.³⁶

Igualmente, el descubrimiento de la relación $E=mc^2$, utilizado una vez descubierto por otros, permite manipular la materia de una manera más eficiente que en otras etapas del desarrollo humano. Sin los esfuerzos cognitivos del descubridor o del inventor, otros hubieran ignorado ciertas leyes causales y, con ello, ciertas formas en las que manipular la materia y usarse en el desarrollo general de la sociedad; sin embargo, uno recibe una retribución mientras que el otro, descubridor, no recibe nada.³⁷

De la misma manera, podría haber sido objeto de patente el método matemático para calcular la distancia más corta entre dos puntos, de aplicación muy práctica para los dispositivos de geolocalización GPS, los cuales sí fueron patentados; pero no lo fue por entenderse como una idea abstracta.

En definitiva, el otro problema para justificar los derechos de propiedad sobre las ideas como uno natural es que implica, necesariamente distinciones arbitrarias entre objetos ideales idénticos; sobre qué creación merece protección o no, la cual puede ser considerada como vaga o arbitraria.

³⁵ RAND.A.: *ob.cit*, pág. 131.

³⁶ STEPHAN KINSELLA. N.: *ob.cit*, págs. 40-41.

³⁷ *Ibidem*.

VII.- DE LOS BENEFICIOS NATURALES DE LA INNOVACIÓN

Volvamos al principio y retomemos la idea de derecho de patente, ¿realmente es necesario garantizar unas ganancias adulteradas por un monopolio al inventor para asegurar los costes de su investigación y promocionar la invención? Si llegamos a prescindir de los derechos monopolísticos de las patentes, ¿sería verosímil que los inventores alcanzasen una retribución justa por sus métodos?

1.- La invención sin patentes

Para comprender esto, primero debemos entender cómo se remunerarían las invenciones cuando no existen derechos monopolísticos exclusivos. Partiendo de un ejemplo, supongamos que estamos presenciando un estado de naturaleza del ser humano previo a la formación de sociedades sedentarias tal y como las conocemos. Por ello, precisamente viven en cuevas, sólo saliendo para conseguir alimento y recursos; para el resto de los aspectos vitales de su vida se refugian en las cavernas. Es en este momento cuando nuestro Robinson Crusoe, en este ejemplo más troglodita que en otras circunstancias, llega a la siguiente conclusión: refugiarse en cavernas no tiene sentido, no son lugares cómodos ni fácilmente habitables, además de que, en ocasiones, las usan otros animales peligrosos que pueden suponer un peligro para la vida. Así, decidido a cambiar su situación, y fruto de una reflexión muy sesuda, nuestro compañero sale de la caverna y, en un claro idílico, crea la primera choza. Con esto, Robinson soluciona varias cosas: evita las angostas y húmedas dependencias de la caverna, permitiéndole ver sin necesidad de utilizar el fuego y, además, evitando rutas de descanso de posibles depredadores. Incluso, crea sin quererlo una dependencia personalísima para cada individuo, facilitando la intimidad interpersonal entre sujetos de una sociedad primitiva.

Los homónimos compañeros de Robinson, extrañados porque no ven al audaz cromañón en la cueva, deciden salir de ella para comprobar su situación, asistiendo fascinados a la creación de estos espacios. Así, todos deciden salir de la cueva. Los más artesanos de la comunidad comprenden de la simple observación en qué consiste la choza, por lo que por ellos mismos procederán a replicarla. Otros, sin embargo, deciden pedir

consejo a Robinson, mientras otros, directamente, llegan a un acuerdo con él para que les haga sus chozas personalizadas.

Fruto de estas relaciones personales, surgen varias situaciones favorables para Robinson: como Robinson fue el primero en inventar la choza, los otros miembros de la comunidad lo van a contratar a él y no a otro, pues es el único en este periodo de tiempo capaz de hacerlo. Además, el jefe de la comunidad le pide consejo, de tal forma que por mucho que pase el tiempo, no suele ser habitual construir algo en la nueva aldea prescindiendo de su consejo. Incluso, otros miembros artesanos le piden consejos a la hora de replicar la choza, para lo cual, igualmente, Robinson exige una remuneración que los otros dan con gusto, y dándose cuenta de este aspecto, decide impartir sus lecciones privadas de lo que es una albañilería muy primitiva, si bien muy útil para otros miembros de su comunidad.

Cuando los miembros de su escuela son egresados, al juntarse con los maestros artesanos, ahora doctos albañiles, las chozas, en pocas semanas, son un invento muy difundido, fácilmente replicable por muchos miembros. Sin embargo, Robinsón, mientras duró la invención, obtuvo diversas prestaciones y prestigio, lo cual fue remunerado en consecuencia como algo muy escaso entre sus miembros y, por ende, a un precio muy alto mientras duró.

Igualmente, cuando Elon Musk, percibiendo una necesidad en el ámbito espacial, crea un método que le permite reutilizar cohetes varias veces en lugar de destruirse con su primer uso, por ser este tipo de cohetes un recurso escaso en el mercado tenderá el inventor de este a ser altamente remunerado, si bien, en este caso, claramente Elon Musk lo será durante más tiempo que nuestro mañoso Robinson Crusoe.

2.- El estado de la técnica

Siendo ambas situaciones anteriores ejemplos de inventos que se suceden en el tráfico jurídico, ¿por qué uno va a remunerarse más que el otro? La respuesta a esta cuestión podría estar en el mismo parámetro que se tiene en cuenta para determinar lo patentable³⁸: el estado de la técnica, es decir, todas aquellas técnicas o procesos accesibles al público general por cualquier medio³⁹. Las invenciones, en realidad, cuando se concretan en una

³⁸ LP, art 6.

³⁹ LP, art 8.2.

materialización de un bien, si realmente son genuinas y no son fácilmente cognoscibles en la fase actual del desarrollo, tienden a remunerarse con altas prestaciones, pues son escasas porque nadie lo está haciendo en el estado actual.

Ahora bien, aunque la invención sea algo novedoso que no se estaba haciendo hasta ese momento, existen ocasiones en las que, a pesar de ello, no se encuentran tan alejadas del estado actual. Existe, pues, la tendencia natural a ajustar los frutos de la invención al grado de mejoría que haya supuesto en la sociedad la introducción de tal, en función de lo fácilmente reproducible que sea. Así, de esta forma, las que sean fácilmente reproducibles muy seguramente no sean consideradas invenciones; las que sí lo sean, pero se repliquen en un corto periodo de tiempo, se remuneraran con cuantiosas prestaciones hasta que se logre replicar; y las invenciones que suponen una disrupción de mercado, tardarán mucho en replicarse, por ser un verdadero cambio de paradigma en el estado de la técnica, tendiendo a las altas remuneraciones por unos periodos extraordinariamente largos, casi como si tuviese el monopolio garantizado.⁴⁰

Nuestro amigo Robinson Crusoe, efectivamente, innovó en su sociedad primitiva, sin embargo, no podría decirse que la disrupción fue tan novedosa como para justificar un monopolio de 20 años. En la sociedad de Robinson, ya algunos individuos tenían atisbos de como él había ideado la choza; existían antecedentes de utensilios en su comunidad que daban a entender que eso era posible. Era una invención, pero no tan alejada de la realidad en primer lugar. El estado de la técnica en esta sociedad era: se crean herramientas, pero se vive en cuevas; sin embargo, a los artesanos de la época no les costó tanto hacer su primera choza; pongamos que una semana, lo que quiere decir que no estaba tan alejado del estado de la técnica. Aun así, Robinson se enriqueció durante la semana como pocos en su comunidad, había contratado con otros que no conocían la técnica de albañilería, una evolución lógica de la artesanía. Había otorgado bienes muy escasos en su comunidad, que le fueron remunerados, por tal naturaleza, en cuantiosas prestaciones hasta que fueron replicando su técnica. Podríamos pensar que esto perjudicó a Robinson, pero en cambio, gracias a ello, la choza dejó de ser un bien tan escaso y su precio descendió considerablemente, momento para el cual Robinson ya había hecho negocio suficiente con su invento y solucionó una necesidad acuciante, la vivienda. Así, ya hasta Robinson, aprovechando que la choza estaba integrada en el estado de la técnica y su costo era menor,

⁴⁰ CHRISTENSEN.C; *El Dilema de los Innovadores: Cuando las Nuevas Tecnologías pueden hacer fracasar a las Grandes Empresas*, Editorial Granica, 2020, pág 11-20.

podría adquirir otra choza para sacarle alguna suerte de partido y mejorar su vida. En este sentido, nuestro audaz cromañón se benefició en todo momento de su propio invento.

De la misma forma, Elon Musk, con la creación de este tipo de cohetes, introduce una innovación en las sociedades, si bien mucho más disruptiva que la de Robinson. El estado de la técnica actual en la sociedad es el siguiente: hacer cohetes de un solo uso que se destruyen en órbita, por lo que hacer cohetes que puedan ser usados de nuevo es un elemento que cambia el paradigma por completo en la empresa espacial.

Las agencias gubernamentales, que son las que tradicionalmente han asumido la labor de explorar el espacio, no han podido innovar y crear este tipo de cohetes, y en este sentido han mantenido mundialmente este modelo de un solo uso hasta la actualidad. Siendo *Space X* la única empresa que desarrolla estos cohetes, si la NASA o la Agencia Espacial China, por ejemplo, pretendiesen adquirir estos cohetes que ellos mismos no han podido fabricar, deberían de contratar con aquella empresa, que es la única que realiza estos modelos. Esta innovación, al contrario que la del primer ejemplo, es muy disruptiva; se encuentra muy lejos del estado de la técnica y, por lo tanto, es muy difícil de replicar, lo que equivale a tener una suerte de derecho de monopolio (patente) sin en realidad tenerlo; y ciertamente podemos encontrar razones poderosas para asegurar que van a tardar mucho en salir otras empresas en replicarlo.

En definitiva, existen unos beneficios naturales en el mercado de las innovaciones, que tienden a remunerar al inventor en su justa medida, pues se encuentra íntimamente relacionado con el estado de la técnica. Así, las invenciones, cuanto más se alejen de este estado, más alta podrá ser la recompensa por realizar las invenciones, y según se encuentren más o menos cerca del estado actual, se modulará la recompensa de los inventores por sus inventos, ello como una tendencia natural de este tipo de actos humanos.

De esta forma, además, se acelera el proceso de destrucción creativa en las sociedades, dando lugar al fracaso de industrias demasiado arcaicas que no sobreviven al acto inventivo y al nacimiento de otras más modernas y accesibles⁴¹; esto en contraposición a un modelo que tiende a perpetuar un estado de la técnica en el tiempo, por muy innovador que resulte, haciendo inaccesible su idea por un periodo de tiempo, mediante el derecho de exclusiva, con ganancias monopolísticas que dificultan su acceso a grueso de la sociedad.

⁴¹ ALFARO.J.: “*La Destrucción Creativa: Patentes, Finanzas y Voto Vacío*”. Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-destruccion-creativa-finanzas-patentes-y-voto-vacio> (última consulta el 1 de marzo de 2023).

VIII.-CONCLUSIONES

Con el desarrollo de las presentes cuestiones, que culminan en una crítica general al sistema de patentes moderno pasando por cada una de sus justificaciones, se pretende aclarar una serie de puntos sobre una discusión que ha sido absolutamente pacífica, ello de forma ininterrumpida, durante demasiado tiempo en la ciencia jurídica en particular y otras ciencias sociales en general.

El desarrollo del presente trabajo culmina con una posible descripción de cómo sería un sistema de innovación sin derechos de patentes, lo cual da pie a que sean muchos los enunciados que, con la lectura del cuerpo completo, podrían esbozarse; sin embargo, estimo que las conclusiones más importantes son:

PRIMERA. - Los derechos de patentes son derechos sobre objetos ideales, con una categoría jurídica totalmente distinta a los derechos reales, que permite ejercer una influencia no justificada sobre la propiedad tangible, y con ello sobre los derechos reales, de otros sujetos jurídicos.

SEGUNDA. - Esta tipología de derechos, pudiendo denominarse derechos ideales, son creados por el Estado a través de una legislación concreta. Esto quiere decir, que no se trata de una labor meramente protectora de un derecho natural anterior, sino de una verdadera creación de un privilegio de invención frente a otros.

TERCERA. - Igualmente, la creación de los derechos de patentes no ha acreditado un incremento de la inversión en la creación de nuevas invenciones, así como tampoco un incremento de la riqueza neta de las sociedades o una mejoría social general. De la misma manera, no se encuentra justificación jurídica a quebrantar derechos de propiedad ajenos.

CUARTA. - A priori, no tiene sentido constituir propiedad sobre las ideas, por cuanto no son un recurso escaso y, por ello, no cumplen ninguna función ni requisito previo para constituir propiedad sobre las cosas. Esto delataría que son una creación y no una facultad más en Derecho de los seres humanos.

QUINTA. - Establecer derechos de patentes incrementa, aún más si cabe, el coste de la innovación y de practicidad de las patentes, por cuanto hace escaso algo que en un inicio sin la patente no lo era.

SEXTA. - En el mismo sentido, no podemos establecer la aplicabilidad del Teorema de Coase a los derechos de patentes, esto por cuanto presenta unos problemas en cuanto a la aplicabilidad de la tesis a una escala en la que la individualidad se ve diluida.

SÉPTIMA. - Esto da pie a considerar que las tesis que justifican sus muy arbitrarias y quebradizas, no justificando porqué hay invenciones patentables y otras no, porqué las patentes son justas, porqué se mantiene una duración concreta o porqué otros objetos ideales no son susceptibles de apropiación.

OCTAVA. - Existen, a su vez, unos beneficios naturales fruto de la innovación en las sociedades que modulan la retribución al inventor conforme avanzan el estado de la técnica, retribuyendo a los inventores por sus aportaciones imparcialmente.

IX.- BIBLIOGRAFÍA

ALFARO.J.: “*La Destrucción Creativa: Patentes, Finanzas y voto vacío*”. Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-destruccion-creativa-finanzas-patentes-y-voto-vacio> (última consulta el 1 de marzo de 2023).

CHRISTENSEN.C; *El Dilema de los Innovadores: Cuando las Nuevas Tecnologías pueden hacer fracasar a las Grandes Empresas*, Editorial Granica, año 2020.

HERNÁNDEZ TEJERO-JORGE.F.: *Las Instituciones de Justiniano*, 1ª edición, Editorial Comares, Granada, 1998.

NAVARRO FRÍAS, IRENE.: “*Lección 28, Protección de los Resultados de la investigación (I)*”, EN AA. VV (ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA., Director): “*Manual de Bioderecho*”, 1ª. edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2022.

PALMER.T.: *¿Están las patentes y los derechos de copyright moralmente justificados? La filosofía de los derechos de propiedad y objetos ideales*. Harv. JL & Pub, 1990. Disponible GoogleScholar:<https://scholar.google.com/scholar?hl=en&q=Are+patents+and+copyrights+morally+justified%3F+The+philosophy+of+property+rights+and+ideal+objects>

PEINADO GRACIA, JUAN IGNACIO: “Derecho Industrial (I), Las innovaciones”, en AA. VV (APARICIO GONZÁLEZ, MARÍA LUISA., Coord.^a): *Lecciones de Derecho Mercantil*, 16ª Edición, Thomson Reuters, Navarra, 2018.

RAND.A.: *Capitalismo, el Ideal Desconocido, Ensayo sobre Patentes y Copyright*, Editorial Deusto, año 2019.

SUÑOL A.: *El Derecho de la Propiedad Intelectual no Protege las Ideas*. Disponible en: <https://almacenederecho.org/el-derecho-de-la-propiedad-intelectual-no-protege-las-ideas> (última consulta el 22 de febrero de 2023).

STEPHAN KINSELLA. N.: *Contra La Propiedad Intelectual*, 1ª Edición, Colección Anarkhos, Unión Editorial, Madrid, 2019.

VON MISES.L.: *La Teoría del Dinero y el Crédito*, 2ª Edición, Unión Editorial, Madrid, año 2012.

SÁIZ GONZÁLEZ, PATRICIO.J.: *Propiedad Industrial y Revolución Liberal*, Editorial Miner, Madrid, 1995.