



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

PROBLEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ENTORNO UNIVERSITARIO. UN ACERCAMIENTO GENERAL*

* Resultado final de la investigación terminada: “*Retos y oportunidades para el Sistema Universitario de Investigación –SUI- de la Universidad de Antioquia dentro del marco del Sistema de Propiedad Intelectual –SPI-.*”, financiada por el CODI y la Rectoría de la Universidad de Antioquia, en el marco de la Convocatoria “Universidad y Educación Superior” en el año 2012, e inscrita ante Colciencias.

Equipo de investigación: Además de la autora, formaron parte del equipo de investigación las profesoras Olga Zapata Cortés, Ana Victoria Vásquez Cárdenas, Patricia González Sánchez y los estudiantes pertenecientes al Semillero de Propiedad Intelectual de la misma facultad: Catalina Ocampo, Luna García, Ana I. C. Builes y Juan D. Murillo.

Fecha de recepción: agosto 20 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 3 de 2014

PROBLEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ENTORNO UNIVERSITARIO. UN ACERCAMIENTO GENERAL

*Adriana María Restrepo Ospina***

RESUMEN

Las dinámicas sociales contemporáneas plantean retos importantes en materia de investigación e innovación que tocan el centro del accionar de las universidades, con especial énfasis en las de carácter público. Uno de esos desafíos radica en la definición de políticas sobre producción, gestión, apropiación y transferencia del conocimiento que en estas instituciones se produce. Y, de la mano con ello, surge la necesidad de cuestionarse temas de propiedad intelectual, especialmente en los espacios de intersección entre ésta y el accionar universitario. En este artículo se exploran estos conceptos, tratando de identificar los principales retos, desafíos y oportunidades universitarias actuales en materia de propiedad intelectual.

Palabras clave: propiedad intelectual, universidad, protección del conocimiento, investigación.

PROBLEMS OF THE INTELLECTUAL PROPERTY IN THE ACADEMIC ENVIRONMENT. A GENERAL APPROACH

ABSTRACT.

The actual social dynamics states very important challenges in research and innovation issues that affects the core of the universities action, mostly in the public academies. One of this challenges is the policies about the definition, management, appropriation and transference of the knowledge produced in this universities. In the way with that, comes the necessity for seek in intellectual property issues in this intersection and the university actuate. This paper explores this concepts, trying to seek the principal challenges and the actual university opportunities in intellectual property matter.

Key words: intellectual property, university, knowledge protection, research.

* Abogada; Doctoranda en Derecho, Universidad de León; Magister en Filosofía; Especialista en Derecho Público-Administrativo y en Gerencia social. Profesora e investigadora. Grupo: Estado de Derecho y Justicia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Universidad de Antioquia UdeA. Calle 70 No. 52-21. Medellín. Colombia.

PROBLEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ENTORNO UNIVERSITARIO. UN ACERCAMIENTO GENERAL

INTRODUCCIÓN

Uno de los principales retos que enfrentan en la actualidad las universidades está relacionado con su quehacer respecto del conocimiento. Ello, en tanto el entorno en el cual estas instituciones se desempeñan es objeto en la actualidad de importantes cambios institucionales y normativos, así como los presupuestos básicos de su quehacer. Se podrían citar múltiples ejemplos de tales problemas, retos y necesidades, como la creciente exigencia de que estas instituciones ofrezcan soluciones científicas, tecnológicas o de carácter práctico para la resolución de diversos problemas de la economía y el mercado; su creciente papel en los escenarios de definición de políticas públicas y espacios de negociación de intereses sociales, con el consiguiente fortalecimiento de las relaciones universidad-empresa-estado, la intensa y creciente exigencia de productividad que se les plantea, entre otros, bajo el entendido de que: *“La triada universidad, Estado y empresa enfrentan hoy por hoy el desafío de erigir una sociedad del conocimiento justa y equitativa, orientada al desarrollo humano, que permita el acceso al conocimiento y que cuente a su vez con un sistema eficaz de protección y de incentivos a la actividad creadora y a la innovación, sin que éste se convierta en una barrera a la producción de conocimiento”* (Universidad Externado).

En este contexto, un tema clave resulta ser el de las políticas de protección, gestión y difusión del conocimiento que en estas instituciones se produce, especialmente las necesidades que al respecto se plantean desde el marco de la Propiedad Intelectual, como uno de los elementos condicionantes del entorno universitario que se están transformando rápidamente, llegándose incluso a estimar que *“... las normas de Propiedad Intelectual (IP), así como la Universidad, están ambas en ‘crisis’”*¹ (McSherry: 2001. 25).

1 “intellectual property law (IP) and the university are both ‘in crisis’”. (Todas las traducciones contenidas en este artículo fueron hechas de manera libre por la autora). En este trabajo se muestra cómo, la misma idea de crisis es una constante en el desarrollo mismo de la universidad moderna y de la propiedad intelectual, y

En Colombia, las universidades se encuentran en un entorno de transformación política y normativa que viene dirigiendo al país hacia una sociedad del conocimiento, en la cual *“el saber y el conocimiento son los parámetros que gobiernan y condicionan la estructura y composición de la sociedad actual y son, también, las mercancías e instrumentos determinantes del bienestar y progreso de los pueblos”* (Mateo: 2006. 145).

“Desde los años 70 el primer mundo descubrió que la riqueza de una nación dependería de la edificación sustentable de una “Sociedad del Conocimiento”. En la actualidad, la sociedad del conocimiento es una realidad universal cuya construcción se encuentra liderada por naciones que se han caracterizado por el desarrollo de políticas económicas, de educación y de seguridad inclusivas, con diversidad de incentivos a la creación y sistemas normativos y mecanismos judiciales altamente coercitivos, ágiles, eficaces y eficientes en materia de observancia del régimen de protección a la propiedad intelectual. (Universidad Externado).

Es así como se han establecido políticas de estado según las cuales la sociedad colombiana, entre otras, centra en el conocimiento su apuesta de desarrollo económico, intentando consolidar al país como una economía del conocimiento². De allí que se otorgue prioridad a los ejes de Ciencia, Tecnología e Innovación –CTeI– como instrumentos idóneos para la dinamización de las políticas de desarrollo económico³, las que se pretende constituyan, a su vez, el sustento para el bienestar general de la población, el cual se espera que llegue a través del conocimiento como un instrumento, ya no como un fin valioso que deba perseguirse socialmente o como uno de los medios privilegiados de dignificación humana.

En un entorno como el actual, donde se observa claramente el surgimiento y el enorme avance de los medios tecnológicos se ve cada vez más cómo el valor o los impactos de lo que la creatividad humana produce resulta ser muy complejo de estimar. Sin embargo, el avance de las denominadas *“sociedades del conocimiento”* o *“sociedades basadas en el conocimiento”*, hacia una creciente valoración de los frutos de la capacidad creativa, espiritual o inventiva humana, se nota no sólo

que dicha noción presta especial utilidad, como instrumento retórico, para el ejercicio del control social en vez de presentarse como un momento de posibilidad y oportunidad.

- 2 Entendida como la que muestra su dinamismo y crecimiento derivados de la producción y uso intensivo de información, tecnología y conocimiento en la creación de valor. Éste, medible en términos de precios de los productos –a mayor valor, mayor precio–.
- 3 De esta forma, el conocimiento asume una función instrumental en la generación de la riqueza y el bienestar. Y no se presenta en la sociedad únicamente como un camino para la promoción del saber, o como garante de las libertades y derechos constitucionales de investigación, educación o elección que desarrollan la autonomía individual, derivada de la Dignidad Humana.

en el mercado y el entorno tecnológico sino también en otros contextos como la propia sociedad o las instituciones científicas o educativas. *“Claramente se trata de un contexto de la “knowledge – based economy”, en donde la producción, comercialización y la generación de riqueza se derivan del conocimiento y de ahí la importancia de su protección”* (Universidad Externado).

En este contexto se constatan importantes transformaciones en el entorno económico y de producción del saber, tomando cada vez mayor importancia el tema de los bienes inmateriales, como el conocimiento, que pasa a ser objeto de decisiones estratégicas y de inversión en todo tipo de instituciones, públicas y privadas. De esta manera, puede decirse que:

“(d)el encuentro entre el conocimiento y la economía de mercado, surgen intereses públicos y privados que parecieran estar contrapuestos entre quienes detentan los derechos de exclusión sobre las creaciones y aquellos que requieren acceder a ellas para desarrollar nuevo conocimiento derivado, comercializar productos asimilados, y satisfacer necesidades esenciales inherentes a toda sociedad como la salud, la alimentación y educación, entre otros” (Universidad Externado).

Estas ideas han significado, con mayor énfasis en las últimas dos décadas, una creciente transformación de las actividades ligadas al conocimiento, tanto a nivel universitario como estatal. Todo ello dentro de una creciente e intensa actividad normativa en distintos ámbitos de regulación, la constante transformación de las reglas de juego institucionales y la presión que se plantea a los actores históricos del conocimiento, como las universidades. De la mano con estas ideas, y pensando específicamente en el papel del estado, se sostiene que éste es el encargado de liderar: *“...el adecuado funcionamiento del sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación, en el cual, no sólo invierte de manera directa en actividades de investigación y desarrollo, sino que además diseña y promueve los incentivos necesarios para tal efecto, incluyendo, claro está, a la propiedad industrial como uno de los incentivos más importantes”* (Universidad Externado).

Sin embargo, y a pesar de las iniciativas en curso, en Colombia falta articulación entre los distintos actores del Sistema de Propiedad Intelectual: *“y por ende no funcionan de manera sinérgica, es decir, cada una formula de manera aislada sus propios objetivos, los cuales usualmente se traducen en actividades puntuales de capacitación o de difusión de incipiente impacto, y en algunos casos en reglamentaciones procedimentales”* (Universidad Externado), lo que deja clara la necesidad de pensar mecanismos que permitan su mejor funcionamiento, considerando los intereses y necesidades de todas las instituciones y actores afectados, para lograr construir una sinergia *“incluyente y coherente entre las*

entidades públicas, el sector privado y la academia, y los ciudadanos en general” (Universidad Externado).

Dentro de estas dinámicas surgen retos y oportunidades para la universidad en general, y particularmente para la Universidad de Antioquia por su carácter público, regional y su apuesta por consolidarse como una universidad de investigación⁴. Y, partiendo de lo anterior, en el año 2012 se planteó el proyecto *“Retos y oportunidades para el Sistema Universitario de Investigación –SUI- de la Universidad de Antioquia dentro del marco del Sistema de Propiedad Intelectual –SPI-”*. En el mismo se estableció la necesidad de abordar el análisis del Sistema de Propiedad Intelectual y sus normas e instituciones complementarias con el fin de: *“identificar los retos y oportunidades que actualmente se le presentan a la Universidad de Antioquia en materia de protección, uso y aprovechamiento de los resultados del conocimiento; y las necesidades de formación, divulgación y aplicación de tal normatividad como parte de una estrategia institucional, en la cual dicha institución se constituya como actor del conocimiento con capacidad de autodefinirse desde su Autonomía”*.

Y, como objetivo principal, al cual el presente texto pretende aportar, se planteó: *“Analizar los retos y oportunidades para el Sistema Universitario de Investigación –SUI- de la Universidad de Antioquia dentro del marco del Sistema de Propiedad Intelectual –SPI_”*.

Para ello, se hizo necesario abordar el tema de la Propiedad Intelectual, como componente importante de las actividades universitarias actuales, especialmente en relación con los objetivos misionales universitarios y bajo la óptica de intentar un acercamiento a las principales tensiones que, desde los aspectos específicos de investigación, innovación y gestión del conocimiento tienen que afrontar estas instituciones. Por ello, partiendo de dicha necesidad y con el ánimo de aportar en la discusión sobre algunas necesidades actuales universitarias, se realizó esta indagación conceptual, como insumo necesario para el estudio planteado.

En este marco, se entendió que la Propiedad Intelectual, así como el Sistema en que está estructurada esta regulación (Sistema de Propiedad Intelectual –SPI-) en Colombia, funcionan en un doble sentido, respecto de la universidad:

Primero, como un condicionante del actuar investigativo, en tanto obliga a los actores involucrados a responder a preguntas novedosas como las relacionadas

4 Plan de Desarrollo 2006-2016. Universidad de Antioquia. “Una universidad investigadora, innovadora y humanista al servicio de las regiones y del país”. Visión: “En el año 2016, seremos la principal universidad de investigación del país y una de las mejores de América Latina...”

con el equilibrio institucional adecuado entre la divulgación de los resultados del conocimiento y su protección monopólica, entre otras. Segundo, como un incentivo para la producción de conocimiento, la innovación y la creatividad. Ello significa que ésta se asume como una estrategia que motiva la investigación, a la vez que propicia la creación de nuevos productos, sistemas, empresas o procesos que promueven el desarrollo económico, teniendo en cuenta que muchos sostienen que “... *el desarrollo de la ciencia, la economía y la tecnología depende en gran medida de la existencia de un régimen de protección a los esfuerzos creativos, construido con la finalidad de generar incentivos a la innovación, y del acceso a las nuevas creaciones y su efectivo aprovechamiento*”(Universidad Externado).

El componente metodológico de este proyecto fue el de una investigación jurídica de tipo cualitativo para el análisis de sistemas normativos, con un alcance descriptivo y analítico. Y como enfoque metodológico, se utilizó la dogmática jurídica, asumida como un enfoque que permite estructurar el trabajo reflexivo-analítico sobre materiales normativos, partiendo de la incorporación del análisis conceptual, como insumo determinante para dicha labor. Y, aunque se hace énfasis en el estudio normativo, este no se planteó sólo desde la hermenéutica jurídica tradicional sino que involucró el análisis de los contextos de definición de políticas en los niveles macro, meso y micro, con la utilización de instrumentos conceptuales y metodológicos propios de la ciencia política y la realización de entrevistas a actores clave en el marco de la investigación.

Por resultar de importancia en el estudio que aborda este artículo, se presentarán a continuación los rasgos principales de la discusión que abarca la conformación, naturaleza y justificación de la propiedad intelectual.

El Sistema de Propiedad Intelectual

El desarrollo y consolidación de la Propiedad Intelectual, puede observarse en un proceso progresivo, desde la protección de ciertos intereses económicos y personales, como los relacionados con algunos sectores empresariales o económicos o los relacionados con las demandas de los autores o creadores de determinadas obras; pasando por la consolidación local de ciertos derechos subjetivos en los ordenamientos jurídicos; el establecimiento de un entramado los derechos e instituciones en el nivel internacional, supranacional, comunitario, nacional y local, hasta la estructuración de todo un sistema articulado internacional que se comunica y conjuga, a su vez, con otros sistemas territoriales que ofrecen una respuesta a las necesidades de distintos actores. “*La tecnología, la propiedad intelectual y la*

circulación del conocimiento están hoy articulados en un complejo sistema internacional. Colombia está llegando tarde, pero a través de la transferencia internacional de tecnología y la innovación es factible acelerar el crecimiento y la inclusión social. Los empresarios, las universidades y los centros de investigación son los actores clave” (Montenegro, 2011).

Se entiende que se trata de sistemas, en la medida en que sus componentes son no sólo normativos (en lo sustantivo y lo procedimental) sino que involucran también otros elementos, como los funcionales, estructurales, y actores institucionales, más o menos coordinados en torno a algunas políticas y mecanismos de protección de los mismos. Concretamente, hablamos de la diversidad de instrumentos de Derecho internacional, instancias de fomento y protección de derechos, mecanismos de resolución de conflictos en los niveles jurisdiccional y administrativo y articulación y discusión de políticas, y discusión conceptual y académica. Un “... *sistema de propiedad intelectual es un arreglo institucional que en principio intenta superar fallas de mercado derivadas de la dificultad de apropiación del conocimiento, pues siendo un bien público solo parcialmente excluible, está expuesto a que empresas o individuos se apropien del conocimiento generado por otros, sin incurrir en los costos y riesgos de las inversiones en investigación e innovación*”. (Montenegro, 2001).

En el plano internacional, el Sistema de Propiedad Intelectual se inaugura con los Convenios de París (1883, enmendado en 1979) y de Berna (1886, enmendado en 1979). Respecto de los derechos de autor, “*La Convención de Berna para la protección de los trabajos artísticos y literarios, en vigencia desde 1887, establece un fuerte corpus normativo que los estados miembros (149 hasta noviembre de 2002) deben aplicar para la protección de los extranjeros que reclamen protección bajo los términos de la Convención*”⁵. (Monotti: 2010. 56)

Las dos principales importantes organizaciones internacionales relacionadas con el sistema internacional de la propiedad intelectual son la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO –OMPI en español) “*agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas con la responsabilidad de la administración y el desarrollo de las Convenciones ‘tradicionales’ de Propiedad Intelectual, como las de París y Berna y el cluster de acuerdos relacionados que se relacionan con cada una de ellas*”⁶ (Monotti, 2010, p. 57), y la Organización Mundial de Comercio

5 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, in force since 1887, embodies a strong corpus of norms that member states (149 as at 15 November 2002) must apply to the protection of foreigners who claim protection under the Convention.

6 It is useful to note that there are two important international organizations that are concerned with the international IP system. The first is the World Intellectual Property Organization (WIPO) which is a specialized

(OMC), que como parte de su creación en 1994, incluye la idea de que la propiedad intelectual es un requisito para las buenas relaciones comerciales entre los estados, los cuales desde entonces se rigen también por el denominado Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que incorpora los acuerdos de Berna y París, además de resolver algunos vacíos y establecer procedimientos y sanciones comerciales para la violación de los derechos mediante su maquinaria de resolución de conflictos.

En el nivel regional específico de América Latina se encuentra la Comunidad Andina de Naciones (CAN), a la cual pertenece Colombia. Esta regula la propiedad intelectual mediante Decisiones de carácter general, aplicación inmediata y naturaleza supranacional, con prevalencia sobre el derecho interno; ésta regula tanto los derechos de autor como la propiedad industrial. También en un nivel supranacional “... se debe mencionar también a la Unión Europea (UE) quien se ha preocupado por la regulación de los derechos de propiedad intelectual como parte de su esfuerzo por promover la libertad de comercio entre las comunidades europeas” (Monotti, 2010, p. 58)⁷

En este marco, el subsistema de los derechos de autor es el eje de protección de los resultados de la actividad creativa humana que se materializa dentro de actividades como la artística, literaria, científica, y en la actualidad también el software. Así, el objeto de los Derechos de autor es la protección de los productos o resultados, de naturaleza intangible, en los que cuales lo determinante es su condición de haber sido creados por la inventiva y el esfuerzo humano y que carecen de una materialidad física, dentro del rango conocido como Obras. Una obra puede concebirse como toda expresión original y perceptible, que sea producto de la inteligencia o actividad espiritual individual; que sea, además, una creación completa, independiente y en que refleje la personalidad del creador, en tanto muestra su esfuerzo creativo o su talento.

El derecho de autor gira, entonces, en torno a la protección de activos que tienen el carácter de intangibles; entendiéndolo su carácter de activos en la medida en que por su naturaleza pueden llegar a integrar el patrimonio de una persona, y lo intangible en tanto son bienes que reciben protección con independencia de su materialidad

agency of the United Nations, and which has the responsibility for the administration and development of ‘traditional’ IP conventions, such as Paris and Berne and the cluster of related agreements that are linked to each of these.

7 At the supranational level, mention should also be made of the European Union (EU), which has become concerned with the regulation of IPR as part of its brief to promote freedom of trade within the European Communities

o el soporte en que se encuentren. Siendo, entonces, objeto de este derecho “*todas las creaciones o manifestaciones del espíritu, materializadas en determinada forma para que puedan ser accesibles a la percepción sensorial, entendiéndose por obra toda expresión personal de la inteligencia manifestada de forma perceptible y original*” (Dirección Nacional de Derechos de Autor, Colombia).

De lo anterior se deriva que “*Lo relevante, tanto para la doctrina como muy especialmente para la jurisprudencia, no son las ideas, ni los datos históricos, matemáticos o de investigación que se incorporan al trabajo, ni tampoco lo es el estilo seguido o creado por el autor, sino la exteriorización creativa literaria*” (Castillo, 2013, p. 22).

Respecto del subsistema de la propiedad industrial, se puede decir que éste está conformado por dos ramas principales: por una parte, los derechos de propiedad relacionados con los inventos e innovaciones que tienen aplicaciones técnicas industriales, como el sistema de patentes, los modelos industriales, los circuitos integrados, la obtención de variedades vegetales y los diseños industriales. Por otra parte, se encuentran los derechos relacionados con el mercado y la distribución de bienes y servicios, mediante la protección de las marcas y el buen nombre y reputación de empresas y productos y los secretos industriales, con el objeto de proteger a los comerciantes y sus productos y servicios cuando entran al mercado; en esta rama encontramos la protección de las marcas, nombres comerciales y denominaciones de origen e indicaciones geográficas, así como la protección contra la competencia desleal.

Las patentes son un privilegio que le otorga el Estado al inventor como reconocimiento de la inversión y esfuerzos realizados por éste para llegar a la invención que aporta una solución técnica a la humanidad. Dicho privilegio consiste en el derecho a explotar exclusivamente el invento por un tiempo determinado. “*Como se mencionó, los derechos que confiere una patente son para un clase de monopolio que tiene el efecto de excluir a terceros de hacer cualquier cosa que descansa dentro del alcance de la patente reclamada, incluso si han sido hechos de forma inocente*”.⁸(Monotti, 2010, p. 66). Se trata entonces de

un monopolio temporal para el aprovechamiento exclusivo del activo en cuestión (invento, procedimiento), que incentiva al inventor o empresario pues eleva la probabilidad de lograr un retorno adecuado a su inversión e impide que otros lo exploten, a menos que le paguen regalías o le compren el título

8 As noted above, the rights conferred by a patent are of a monopoly kind, that have the effect of excluding third parties from doing anything that falls within the scope of the patent claims even if this is done quite innocently.

de propiedad intelectual (PI), con lo cual se busca dinamizar el ritmo y la cobertura de las innovaciones como contraprestación a dicho monopolio, el inventor debe revelar el contenido y alcances de su tecnología, con el propósito de propiciar innovaciones adicionales. (Montenegro, 2011)⁹.

El modelo de utilidad es un privilegio que le otorga el Estado al inventor como reconocimiento de la inversión y esfuerzos realizados, a aquellas invenciones que consisten en una nueva forma, configuración o disposición de elementos de un artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o parte de los mismos, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que lo incorpora o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía. Por tanto, éste protege invenciones con menor rango inventivo que las protegidas por las Patentes de Invención, por ejemplo, en dar a un objeto una configuración o estructura de la que se derive alguna utilidad o ventaja práctica.

Los diseños industriales son la protección de una forma externa, estética o que sólo afecta la presentación de algún producto o artículo. No tiene elementos técnicos sino sólo relacionados con la apariencia particular de los productos. Son de dos tipos: Dibujo industrial y Modelo industrial.

Los circuitos integrados son productos que, en su forma final o intermedia, contienen elementos interconectados de los cuales al menos uno es de tipo activo, siendo al menos una de las interconexiones parte integrante del cuerpo o superficie de una pieza de material, el cual tiene como propósito cumplir una función electrónica.

Los certificados de obtentor, constituyen la protección de los derechos de quien logra obtener nuevas variedades vegetales, incluyendo todos los géneros y especies botánicas, siempre que su cultivo, posesión o utilización no se encuentren prohibidos por razones de salud humana, animal o vegetal.¹⁰

9 Sin embargo, es necesario aclarar que la facultad de explotación exclusiva de la patente puede no resultar ligada en sentido negativo con la existencia y validez de la patente, pues en ocasiones el titular, a pesar de tener una patente válida y vigente, carece de la facultad legal para ejercer la explotación. Por ejemplo, en los casos en que la patente se fundamenta en otra patente perteneciente a terceros, sin que se haya obtenido la autorización de estos para la explotación de la parte que les corresponde y que es parte de la patente que se pretende explotar. También se pueden presentar casos de prohibición de explotación del producto o procedimiento patentado, o la falta de algunos requisitos relacionados con la posibilidad de explotación del producto o proceso en cuestión. Ver, al respecto: REYES Villamizar, José Luis. Infracción de patentes de invención: una aproximación a sus fundamentos en la normativa subregional andina. En: http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista5/INFRACCIoN_DE_PATENTES_DE_INVENCION.doc, acceso el 28 de mayo de 2014.

10 Se entiende por crear una nueva variedad: “la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas” (art. 4, Decisión 345)

Y, en cuanto se relaciona con la actividad mercantil, la propiedad industrial protege: los signos distintivos y los secretos industriales. Entre los signos distintivos encontramos las marcas, los nombres comerciales, las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, así.

Las marcas son una categoría de Signo Distintivo, caracterizado porque sirve para identificar los productos o servicios de una empresa o empresario.

El nombre comercial, se refiere, al nombre o designación que permite identificar una empresa. En virtud del Convenio de París, éstos gozan de protección automática, sin necesidad de registro o depósito, bien que formen o no parte de una marca.

Denominación de origen o indicación geográfica son, la primera, un signo que se utiliza para productos de un origen geográfico específico y cuyas cualidades o reputación se deben a dicho lugar de origen. La segunda, se entiende como un tipo especial de indicación geográfica que se utiliza para productos que tienen cualidades específicas que se deben exclusiva o esencialmente al entorno geográfico de la elaboración del producto.

Por secreto industrial se entienden informaciones secretas, cuyo valor comercial radica en tal carácter. Quien controla un secreto industrial de manera lícita tiene la carga de adoptar todas las medidas razonables que sean necesarias para mantener dicha información en condiciones de confidencialidad.

Con la protección mediante secreto industrial lo que se protege es su revelación, adquisición o uso de maneras contrarias a las prácticas leales del comercio. Pero no se impide que terceras personas que lleguen a descubrir esta información por sus propios medios puedan explotarla de manera libre.

LOS DEBATES FRENTE A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Frente al tema de la Propiedad Intelectual y su justificación existen aún bastantes discusiones abiertas. Especialmente en momentos en los cuales de la mano de su aparentemente indiscutida necesidad práctica, se acentúa la atención académica en esta cuestión. Uno de estos interrogantes, quizás el más tradicional, tiene que ver con la legitimidad o justificación misma de la protección de la propiedad intelectual, especialmente a la luz de sus relaciones con las justificaciones al derecho, más general, de propiedad privada¹¹, que ya se mencionaron anteriormente, especial-

11 Sin olvidar, por supuesto, que este mismo ha sido, y sigue siendo, objeto de fuertes críticas respecto de su justificación moral o legitimidad política.

mente los que se basan, primero, en la teoría de los derechos naturales; segundo, los que se fundamentan en nociones de justicia y equidad; y tercero, los de carácter económico, especialmente de corte utilitarista.

Respecto de los derechos naturales se sostiene, de la mano de John Locke, que los individuos adquieren derecho de propiedad sobre los productos en los cuales hayan invertido su propio esfuerzo; lo que se suele trasladar al ámbito de la propiedad intelectual argumentando que los resultados del intelecto, como las invenciones, o las creaciones artísticas o literarias, también pueden ser apropiables (Merges, Monotti, Kinsella). Este tipo de argumentos han sido bastante influyentes en las distintas jurisdicciones, tanto en las tradiciones del Civil Law como en el Common Law (Monotti: 2010. 53). Así, según los argumentos basados en nociones de equidad y justicia, y especialmente referidos al tema de los derechos de propiedad intelectual, se sostiene que no es justo recibir la recompensa por lo que no se ha trabajado; los “... *terceros no deberían cosechar donde no han sembrado ... lo que es valioso para ser copiado, es valioso para ser protegido*” (Monotti: 2010. 53)¹².

Sobre las razones de carácter económico, encontramos que los argumentos para fundamentar la propiedad privada radican tanto en la necesidad de evitar los conflictos respecto de su uso, por no existir criterios para identificar quién puede usar los bienes materiales y el carácter de exclusividad que estos bienes poseen, así como respecto del problema de su sobre utilización y la falta de cuidado que puede generar su titularidad colectiva o la falta de asignación de ésta:

“La propiedad tangible, sea tierra o bienes muebles, se compone de átomos, cosas físicas que pueden ocupar sólo un lugar en cualquier momento dado. Esto significa que la posesión de una cosa física es necesariamente ‘exclusiva’ –si yo la tengo, tú no. En efecto, el núcleo del concepto occidental de propiedad descansa en el derecho garantizado al titular de una cosa o un pedazo de tierra para excluir a los otros de ciertos usos de ello. El establecer los derechos de propiedad sobre la tierra y los bienes se pensó para prevenir ambas diferencias sobre quién puede usar la propiedad para cuál propósito, y el uso excesivo de la propiedad que se produciría si todos tuvieran acceso común a ella”¹³ (Merges: 2012. 1).

12 “... *Third parties should not reap where they have not sown ... what is worth copying is worth protecting*”

13 Tangible property, whether land or chattels, is composed of atoms, physical things than can occupy one place at any given time. This means that possession of a physical thing is necessarily “exclusive” _if I have it, you don’t. Indeed, the core of the Western concept of property lies in the right granted to the “owner” of a thing or a piece of land to exclude others from certain uses of it. Settled ownership rights in land and godos are thought to prevent both disputes over who can use the property for what purpose, and the overuse of property that would result if everyone had common Access to it.

También sobre las razones económicas, se encuentran los argumentos que se fundan en la necesidad de proveer incentivos para la producción y provisión continua de invenciones, trabajos artísticos y literarios, entre otros, con el objetivo del beneficio común. Partiendo de la base de que “*sin tales incentivos, tal como viene el argumento, las personas creativas no se involucrarán en sus actividades inventivas y los emprendedores no invertirán en los pasos subsiguientes que se necesitan para desarrollar y comercializar sus producciones*”¹⁴ (Monotti y otros: 2010. 54) Si bien, este tipo de argumentos son realmente difíciles de contrastar empíricamente, podría decirse que los Derechos de Propiedad Intelectual deberían solo admitirse en un margen de estricta necesidad para la garantía de los mencionados beneficios, pues si éstos pueden utilizarse para inhibir la competencia en el mercado, serán finalmente los consumidores quienes se perjudiquen en tanto el proceso innovador resulte afectado, por estar severamente limitado con tales derechos. (Monotti y otros: 2010. 54)

Sin embargo, según Merges “*Todas las justificaciones para la protección de la propiedad intelectual, bien sean basadas en la economía o la moral, deben enfrentarse con una diferencia fundamental entre las ideas y la propiedad tangible*”¹⁵ (Merges: 2012. 1), especialmente por carecer éstas del componente de exclusividad que se predica respecto de los bienes materiales.

*Las ideas, sin embargo, no tienen esta característica de la exclusión. Si yo conozco una particular pieza de información, y te la digo, no me has privado de ella. Más bien, ambos la poseemos. El hecho de que la posesión y el uso de las ideas es en gran parte “no rival” es crítico para la teoría de la propiedad intelectual porque significa que la tradicional justificación económica para la propiedad tangible no se ajusta a la propiedad intelectual. En el estado de naturaleza, no hay peligro de uso excesivo o distribución excesiva de una idea, y no hay peligro de lucha por quién va a utilizarla. Cada uno puede utilizarla sin disminuir su valor”. (Merges y otros: 2012. 1)*¹⁶.

14 “*Without such incentives, so the argument runs, creative persons will not engage in their inventive activities and entrepreneurs will not invest in the successive stages that are required to develop and commercialize their productions*”

15 All justifications for intellectual property protection, whether based in economics or morality, must contend with a fundamental difference between ideas and tangible property.

16 Ideas, though, do not have this characteristic of excludability. If I know a particular piece of information, and I tell it to you, you have not deprived me of it. Rather, we both possess it. The fact that the possession and use of ideas is largely “nonrivalrous” is critical to intellectual property theory because it means that the traditional economic justification for tangible property does not fit intellectual property. In the state of nature, there is no danger of overusing or overdistributing an idea, and no danger of fighting over who gets to use it. Everyone can use the idea without diminishing its value. Traducción libre de la autora.

Razones éstas que han llevado a problematizar estas justificaciones. “*Los teóricos, entonces, han girado a otra parte para justificar los derechos exclusivos sobre las ideas. A lo largo de la historia humana, se han presentado numerosas teorías para explicar la protección de la propiedad intelectual. La base principal para esta protección en los Estados Unidos es el marco utilitarista o incentivo económico*” (Merges y otros: 2012. 2)¹⁷.

En el mismo sentido, Borja (2011) sostiene que: *Actualmente, el mercado norteamericano ha sido la brújula que ha marcado la tendencia industrialista para optimizar los resultados, en el que se prioriza el avance tecnológico alentado por la defensa de la propiedad intelectual... Para fomentar la ciencia y las artes, el mercado ha optado por una estrategia efectiva hasta ahora, la de incentivar al autor/inventor a conseguir un resultado*”. (p. 19)

Ahora, desde el punto de vista crítico se encuentran, por ejemplo, las ideas ya clásicas de Kinsella (2001), quien sostiene que la propiedad intelectual comprende unos límites que no pueden ser aceptables, pues implica en alguna medida la afectación de la propiedad ajena. Ello, en tanto este tipo de propiedad otorga, a los creativos, en “... cierta medida, algún grado de control –titularidad– sobre la propiedad tangible de muchos otros. Las patentes y los derechos de autor transfieren invariablemente el dominio parcial de la propiedad desde sus poseedores naturales hacia los innovadores, inventores y artistas” (p. 15)¹⁸, en consonancia con las tesis que sostienen que, las creaciones, como resultado de la cultura, no pueden ser exactamente atribuidas a los individuos, sino que son el resultado del acumulado social que permitió que, durante mucho tiempo existiera toda suerte de actividad creativa, sin que el concepto de autoría fuera central en la discusión.

“Permítasenos reiterar que los derechos de propiedad intelectual le otorgan derechos parciales al creador de ciertos patrones para controlar –propiedad– la propiedad tangible de los demás. El creador del patrón tiene propiedad parcial sobre la propiedad de otros, en virtud de su derecho de propiedad intelectual, porque él les puede prohibir desarrollar ciertas acciones con su propiedad. El autor X, por ejemplo, puede prohibirle a un tercero, Y, escribir ciertos

17 Theorists have therefore turned elsewhere to justify exclusive rights in ideas. Over the course of human history, numerous theories have been put forth to explain intellectual property protection. The principal basis for such protection in the United States is the utilitarian or economic incentive framework. Traducción libre de la autora.

18 “... some degree of control—ownership—over the tangible property of innumerable others. Patent and copyright invariably transfer partial ownership of tangible property from its natural owner to innovators, inventors, and artists”

patrones de palabras en las propias páginas en blanco de Y con su propia tinta”¹⁹. (Kinsella: 2001. 35)

En igual sentido, respecto de la posibilidad de la titularidad individual de los derechos de propiedad intelectual, “...*el concepto de autor individual permite que los derechos de propiedad sean asignados a las personas equivocadas, por las razones equivocadas, en apoyo a la privatización acelerada del dominio público*”²⁰ (McSherry: 2001. 11).

En defensa de las ventajas prácticas de la protección del conocimiento se pueden enunciar, entre otros, que ésta puede servir: 1. Como incentivo para la generación de innovación local; 2. Como promotor de la incorporación de innovaciones de externas; 3. Como alivio a las cargas presupuestales del estado en materia investigativa; 4. También para que el sector público obtenga recursos por regalías derivadas de la innovación, las cuales podría reinvertir en actividades de I+D+i; y 5. Como elemento estratégico de la transferencia de conocimiento, especialmente en materia de patentes (Universidad Externado).

En consonancia con tales presupuestos, y como punto de vista de importancia en apoyo de la necesidad de la toma de decisiones claras en la materia en las universidades, encontramos que:

“la profundización académica en las herramientas que brinda la propiedad intelectual coadyuva a robustecer sus normas, y a futuro, la confianza en el conglomerado en el respeto de las mismas, con tres efectos en concreto que permitirían el despegue definitivo de nuestra economía; una inversión extranjera más decidida producto de un marco legal que asegure rentabilidad por la explotación y licenciamiento de los productos fruto del esfuerzo en innovación de los actores externos; transferencia tecnológica más profusa; e innovación autóctona favorecida por los factores anteriores” (Universidad Externado).

Respecto de los problemas que se encuentran, también desde el punto de vista práctico, frente a este tópico, cabe destacar la existencia de un muy escaso número de patentes, lo que indica unos bajos niveles de innovación o de protección del

19 “Let us recall that IP rights give to pattern-creators partial rights of control—ownership—over the tangible property of everyone else. The pattern-creator has partial ownership of others’ property, by virtue of his IP right, because he can prohibit them from performing certain actions with their own property. Author X, for example, can prohibit a third party, Y, from inscribing a certain pattern of words on Y’s own blank pages with Y’s own ink”.

20 “... the concept of the individual autor permits property rights to be assigned to the wrong persons, for the wrong reasons, in support of the accelerating privatization of the public domain” Traducción libre de la autora.

conocimiento. Se suele considerar, además, que esto es resultado, entre otras cosas de que “... *el sistema de protección de patente puede resultar complejo para el ciudadano y, por tanto, es necesario que la administración adopte una política inclusiva que redunde en el aprovechamiento de la tecnología disponible para toda la sociedad y al mismo tiempo que facilite el acceso al sistema de PI*” (Universidad Externado). Esta necesidad es especialmente aplicable al ámbito universitario y genera demandas de formación del capital humano y un adecuado diseño de políticas universitarias que permita un acceso más fácil al sistema para sus actores internos.

Además de estas dinámicas jurídicas y administrativas, resultan problemáticos también algunos asuntos relacionados con los costos del trámite y la obtención de patentes. “*Uno de los principales obstáculos que un innovador encuentra para acceder al sistema de propiedad intelectual, en concreto al sistema de patentes, es el costo que implica adelantar los trámites tendientes a la obtención del derecho exclusivo concedido por el Estado*” (Universidad Externado)

Esto exige para las universidades el diseño de unos adecuados sistemas de selección de proyectos de investigación e innovación, pensados en consonancia con su misión y visión institucionales, así como un sólido sistema de incentivos y financiación de proyectos.

Y, a nivel más general pero que también puede terminar afectando el entorno universitario, se encontró que en el país falta seguridad jurídica en materia judicial y administrativa,

ante la inobservancia de las normas y sentencias judiciales en la totalidad del territorio nacional para todo tipo de asuntos, desde la vulneración de los derechos humanos hasta la vulneración del derecho a la propiedad privada en todas sus modalidades, incluida la inmaterial. Por otro lado, los mecanismos judiciales son ineficientes y lentos, promoviendo con ello la impunidad y en varios de los casos en los que finalmente se llega a una sentencia, se trata de fallos equivocados por la falta de conocimientos especializados de los funcionarios judiciales” (Universidad Externado).

Lo anterior permite observar, para las universidades, una gran necesidad de intervenir desde uno de sus principales ejes de acción: la formación especializada de capital humano para la gestión y el trámite de estos asuntos, incluyendo a los funcionarios encargados de la toma de decisiones en la materia.

Otros cuestionamientos frente a la propiedad intelectual tienen que ver no ya con la fundamentación misma de su existencia, sino que tocan algunos otros aspectos relacionados con ésta. Como ejemplos, los relacionados con los reconocimientos sociales frente a los productos derivados del acto creativo, que tocan, como se

mencionó, con las posibles causas de la creatividad, bien que ésta se entienda como social o individualmente conseguida: ¿deberían ser para el autor o para la sociedad misma?. O sobre aquellos bienes que se pretenden incentivar: el progreso económico, la negociabilidad en el comercio de obras y productos, por un lado; o el acceso común a los bienes de la cultura, por otro. De otro lado, se pregunta ¿la propiedad intelectual debe ser vista como un incentivo para la competitividad de las empresas, la actividad creadora o inventiva, o la posibilidad de obtener beneficios económicos y personales de los frutos derivados del esfuerzo humano?. Así como las necesidades de evaluar permanentemente ese equilibrio entre los derechos que se protegen, tanto en lo que respecta al nivel colectivo, como el acceso a la información, la educación o la preservación de los conocimientos tradicionales, la identidad y diversidad cultural, o los efectos multiplicadores que la libertad de acceso pueden ofrecer a la sociedad en general, como frente a la necesidad de protección la creatividad individual, en el marco de unas adecuadas políticas públicas y regulación relacionadas con la normatividad internacional y el tratamiento normativo que se debería ofrecer frente a los límites y las excepciones posibles a esa regulación internacional.

ROLES Y RETOS CONTEMPORÁNEOS DE LA UNIVERSIDAD

Se puede observar en la actualidad un importante debate sobre el papel y los límites de acción de las universidades, en un contexto de crecientes transformaciones. Una de las más importantes tiene que ver con la ampliación de los roles que en la práctica cumplen estas instituciones, así como los que desde muy diversas perspectivas y sectores, se espera que cumplan. Para identificar mejor esta situación, es necesario dar un breve paso por el devenir universitario en el tiempo.

En sus orígenes medievales, la Universidad fue concebida como espacio para la verdad, de la mano de su autonomía respecto del gobierno y su correlativa subordinación a la iglesia, bajo el propósito de la formación de ciudadanos activos, virtuosos y competentes; ya en el siglo XVII, la Universidad comienza a ser concebida como una institución que, liberada de su incardinación con la iglesia, comienza a configurar su autonomía como la institución social dedicada por definición a la razón, la cual por ello se entendió como auto-justificada y por tanto, independiente de confirmación por otros, especialmente la iglesia o el estado, lo que fue asumido casi de forma indiscutida en las sociedades occidentales.

Es en este momento que se empieza a consolidar el moderno concepto de Autonomía, de la mano del énfasis en el ejercicio de la razón como un método, enfatizando el carácter científico o investigativo de tales instituciones, que comienzan a conver-

tirse en el espacio configurador y articulador de lo que posteriormente, y respecto a la Propiedad Intelectual, va a conocerse como el ‘espacio’ o ‘dominio público’. (McSHERRY: 2001. 50-54).

(L)a Universidad fue un espacio donde se suponía que el dominio público era activa y continuamente *producido*. Las artes, la música y la literatura, por el contrario, transformaban los recursos comunes en expresiones titularizadas privadamente, moviendo los signos y los símbolos de lo público hacia lo privado y, una vez expirados los términos de protección, de nuevo al dominio público. La investigación universitaria fue, de manera similar, comprometida en la transformación de lo común (la naturaleza) en lo específico (hechos sobre la naturaleza), pero la expresión académica se entendió como permanentemente pública por definición²¹ (McSherry: 2001. 54).

Así, la universidad moderna fue concebida, por un lado, como centro de investigación básica, para la producción de conocimientos ajenos al mercado y al auto-interés, y por otro, como entidad autónoma de la injerencia externa, bien eclesiástica o estatal. (McSherry: 2001. 54).

Adicionalmente, y gracias a la implementación norteamericana del modelo universitario alemán inspirado en las aportaciones de Humboldt, el concepto de universidad se transforma nuevamente en este país, haciendo compatible el tradicional aspecto humanista y culturalmente enfocado de la universidad, con un renovado interés, propio inicialmente de esta sociedad, más centrado en la prosperidad económica (McSherry: 2001. 55), de donde surgió luego el concepto de universidad de investigación “*La universidad norteamericana que emergió en el siglo diecinueve unió los principios alemanes de la razón y la autonomía con un compromiso con la investigación social empírica ... la investigación científica fue vista como una herramienta para el progreso de la nación*”²² (McSherry: 2001. 55-56)

De este modo, como institución moderna, la universidad fue concebida primordialmente para la enseñanza, la formación o la producción científica (OROZCO). Pero esas funciones tradicionales se han visto superadas, o al menos puestas en cuestión por las recientes transformaciones sociales. Se puede afirmar, por ejemplo, que fe-

21 (T)he university was a space where the public domain was supposed to be actively and continuously *produced*. Art, music, and literature, by contrast, transformed common resources into privately owned expression, moving signs and symbols from the public to the private and, once terms of protection had expired, back again to the public domain. University research was similarly engaged in transformation of the commons (nature) into the specific (facts about nature), but academic expression was figured as permanently public by definition.

22 “The American research university that emerged in the nineteenth century united the Germanic principles of reason and autonomy with a commitment to empirical social inquiry ... Scientific research was seen as a tool of national progress”.

nómenos como la globalización, pueden llevar a “*diluir*’ la naturaleza y funciones de la Universidad Pública desdibujando su responsabilidad social y articulando sus funciones a las demandas del mercado mundial de la educación convertida ahora en una mercancía sometida a la oferta y la demanda”. (TAMAYO).

Suppose, as is increasingly happening -- not only in the United States, incidentally -- that universities are not funded by the state, meaning the general community. So how are the universities going to survive? Universities are parasitic institutions; they don't produce commodities for profit, thankfully. They may one of these days. The funding issue raises many troubling questions, which would not arise if fostering independent thought and inquiry were regarded as a public good, having intrinsic value. That's the traditional ideal of the universities, although there are major efforts to change that. (Chomsky. 2011).

Así, la idea de las universidades con énfasis en el trabajo académico-formativo, y la de éstas como instituciones centradas en el específico ámbito de la dimensión científica o disciplinar²³, se ha visto desbordada por el advenimiento de otras funciones; básicamente la relacionada con la oferta de soluciones a los múltiples, complejos y diversos problemas sociales del presente, especialmente los relacionados con el mercado. Esto dibuja otra idea de la universidad, pensada en principio como lugar de debate sobre los problemas sociales específicos y espacio de encuentro de soluciones a los mismos.

Aquí, entonces, las labores de la Universidad se hacen extensivas a las problemáticas locales, regionales, nacionales, en distintos ámbitos como la política, la sociedad civil, la empresa, las necesidades tecnológicas, entre otras. Así, el compromiso universitario parece descentrarse del conocimiento en sí, en tanto transmisor o creador, para reubicarse en una perspectiva que centra la relación con el conocimiento direccionada hacia la conformación de estrategias o cursos de acción que impacten positivamente dichas situaciones problemáticas. (RESTREPO: 2013. 205)

Adicionalmente, y de la mano de esas nuevas demandas y tensiones que las universidades atraviesan, se puede observar también una creciente “gerencialización” de las universidades, transformación especialmente relevante en aquellas de carácter público, que las ha llevado a establecer nuevos discursos y modelos de acción, generalmente tomados del sector privado. Una de las facetas importantes que deviene de estas transformaciones, es la tendencia a concebirlas como parte del “negocio

23 Al respecto, piénsese en el modelo humboldtiano de Universidad, con un énfasis especial en el problema científico, articulado con el enfoque de una formación para la libertad y la autonomía.

del conocimiento”: *“Un rol adicional que se insinúa, en vez de estar expreso de manera articulada en los sitios web es el de la universidad como un “negocio” o “empresa”—un participante en el ‘negocio del conocimiento’, para usar el lenguaje del Plan Estratégico de Melbourne. Esto sugiere que, adicionalmente a sus otras funciones, la universidad tiene un amplio rol comercial, a pesar de que su exacta naturaleza está lejos de ser clara”*²⁴. (Monotti: 2010. 17)

En la actualidad, parece denotarse muy claramente el carácter de la universidad como agente al servicio del capital, el cual resulta legitimante:

“... de la mercantilización del conocimiento mediante la construcción de lo no mercantizable. De hecho, el estatus que la universidad obtuvo de su posición respecto del dominio público fue precisamente lo que, en últimas pudo hacerla útil para el capital. Un espacio permanente de no-propiedad en la expresión y la invención—recordando que la (re) creación de un dominio privado de intangibles fue y es justificado mediante la existencia de un dominio público- y provisión de nuevos recursos explotables”. (McSherry: 2001. 54, Biagioli: 1998)

Más recientemente, y según el modelo de universidad norteamericana desarrollado en el siglo XX, los roles de estas instituciones van incluso más en consonancia con esta última visión: *“... su rol en la producción de valor y, más directamente, propiedad cognitiva ... la visión de la universidad alemana, en particular su misión de construir la cultura nacional y un sujeto nacional, ha sido removido las épocas recientes”*²⁵ (McSherry: 2001. 55), mostrando una visión que se encuentra más atada a la prosperidad económica que a la construcción de cultura. Así, se entendió que, *“como instituciones de la razón, las universidades podrían producir y dispersar un conocimiento que le permitiera a los individuos tomar decisiones apropiadas en el mercado y la política”*²⁶. (McSherry: 2001. 56), de manera que se ha terminado por implementar un modelo de universidad en el cual sus relaciones con el mercado son cada vez mayores, paradójicamente, en tanto: *“el valor de los productos intelectuales de la academia, continúa siendo derivado de su posición por fuera*

24 “A further role that is hinted at, rather than expressly articulated in the web sites, is that of the university as a ‘business’ or ‘enterprise’—a participant in the ‘knowledge business’, to use the language of the Melbourne Strategic Plan. This suggests that, in addition to its other functions, the university has a wider commercial role, although its exact nature is far from clear.” Traducción libre de la autora.

25 “... its role in the production of value and, more directly, cognitive property ... the German vision of the university, in particular its misión of building national culture and national subject, has been eviscerated in recent decades”. Traducción libre de la autora.

26 “As institutions of reason, universities could produce and disperse knowledge that permitted individuals to make appropriate market and political decisions” Traducción libre de la autora.

*del mercado: libre de las necesidades de corto plazo del capital, la universidad es libre de servirle a las necesidades de largo plazo del capital, incluyendo su necesidad de investigación básica”.*²⁷ (McSherry: 2001. 57)

Prueba de estas transformaciones recientes en los entornos universitarios, tanto a nivel externo como interno, se observa en estudios recientes sobre la universidad²⁸ que dejan ver cómo dichas tensiones se ven reflejadas no sólo en los aspectos misionales y estructurales de las universidades sino también en lo que respecta a las nuevas necesidades y retos que deben afrontar, y los problemas que deben resolver, si es que quieren conservar el papel social que les ha sido asignado.

Esta situación parece mostrar claramente la necesidad de pensar con detenimiento los pasos que en materia del conocimiento deben dar las universidades en este particular momento histórico. Para ello será necesario, antes que todo, entender de que se trata la propiedad intelectual frente a la universidad.

PROPIEDAD INTELECTUAL Y UNIVERSIDAD

Las relaciones entre la propiedad intelectual y la universidad evidencian, de alguna forma, el valor social del conocimiento en diferentes épocas. Ello, en tanto se ha entendido que la primera constituye una apuesta histórico-política por delimitar jurídica y socialmente el valor de los resultados de la creación humana, y la segunda, al considerarse que ésta ha sido el espacio primordial en el que transita gran parte del conocimiento social, especialmente en materia del legado cultural y la producción científica. Y las relaciones entre ambas se tornan problemáticas en el contexto de transformación o crisis que presentan actualmente.

Para comprender mejor esta relación se hace necesario contextualizar, de manera introductoria, el problema de la propiedad intelectual.

27 “Yet the value of the academy’s intellectual products still derived from its positioning outside the market: free from the short-term profit needs of capital, the university was free to serve capital’s long-term needs, including its need for basic research” Traducción libre de la autora.

28 Ver: MONOTTI, Ann y RICKERTSON, Sam. *Universities and Intellectual Property. Ownership and Exploitation*. Reimpresión. Oxford. Oxford University Press. 2010. Pp. 626. Este texto presenta los resultados de un estudio realizado a partir del análisis de la información contenida en las páginas web de las universidades de Harvard, Oxford y Melbourne. Con el análisis de estos sitios web, lo que se buscó en el texto fue responder a la cuestión sobre ¿qué es una universidad?, así como indagar si existe un significado común de este término que pueda dar luces en la regulación legal requerida en cuanto a los IPR _Intellectual Property Rights- (Derechos de Propiedad Intelectual). En estos sitios web se identificaron las actividades realizadas por las Universidades, mostrando que muchas son de ellas son actividades comunes, y que hay un rol insinuado en éstos y es la universidad como empresa, además de un rol comercial amplio.

Por ésta se puede entender la forma de protección que, por la vía del derecho de propiedad, se otorga a los resultados intangibles de la capacidad creadora e inventiva humana, la cual suele implicar por definición el esfuerzo mental, sin descartar por ello la intervención de alguna clase de actividad física.

Según sus usos, este concepto puede referirse, por un lado, a los derechos que se establecen en los ordenamientos jurídicos en relación con la producción en el terreno de las artes, la literatura y la ciencia, reconocidos como el sistema de derechos de autor y Copyright, donde se distingue así por sus contenidos de la denominada propiedad industrial, relacionada con la protección de las producciones en relacionadas con la industria o el comercio; por el otro, se puede relacionar con un marco más amplio de materias y derechos, que comprende estos dos tipos de derechos. (Monotti: 2010. 52).

La propiedad intelectual se encuentra regulada como una forma especial del derecho de propiedad, el cual se asume como un derecho “... *bien conocido en la sociedad occidental. Se encuentra entre las más antiguas instituciones de la civilización humana. Es extensamente conocido que la gente puede ser titular de propiedad real y objetos tangibles. El common law y la legislación penal protegen la propiedad privada de la interferencia de otros*”²⁹ (Merges y otros: 2012. 1); protección que es otorgada a nivel internacional por diferentes instrumentos normativos, al igual que lo hace la mayoría de las legislaciones nacionales en la actualidad; como ejemplo, la 5ª Enmienda de la Constitución norteamericana, que protege el derecho de propiedad, incluso contra apropiaciones gubernamentales, sin compensación justa, o el art. 58 de la Constitución colombiana que, a su tenor, establece:

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores... Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

Y, específicamente, respecto de la Propiedad Intelectual, la Constitución colombiana en su artículo 61 dispone que: “*El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley*”, entendiéndose en

29 The concept of property is well understood in Western society. It is among the oldest institutions of human civilization. It is widely recognized that people may own real property and tangible objects. The common law and the criminal law protect private property from interference by others. Traducción libre de la autora.

el país por Propiedad Intelectual su concepto genérico, comprensivo tanto de los derechos de autor como de la propiedad industrial.

Se entiende que el derecho de propiedad privada es una de las más antiguas instituciones de las sociedades occidentales, cuyas bases filosóficas: *“están bien atrincheradas en nuestra cultura. La propiedad privada ha sido vista como resultante cuando el trabajo es aplicado a la naturaleza, como un incentivo por descubrimientos, como parte esencial de la personalidad, y como un fundamento para un sistema económico ordenado”*³⁰ (Merges: 2012. 1).

Como tipo especial del tradicional derecho de propiedad privada, la Propiedad Intelectual *“tiene la característica de ser un derecho personal (atañe a los intereses del creador/inventor) y también un derecho de carácter patrimonial”* (BORJA: 2011. 18), lo que indica que su protección jurídica abarca tanto el ámbito de la persona del creador en su sentido moral como el de su patrimonio.

Sin embargo, cuando los argumentos que han servido de sustento para la defensa e instauración del derecho de propiedad intentan aplicarse a la idea de propiedad intelectual, aparecen problemas, en tanto las ideas no cuentan con la materialidad de las cosas, sino que hacen parte del esfuerzo mental humano. Ello plantea inquietudes complejas respecto del posible sustento o fundamentación que se requiere para la protección jurídica del trabajo intelectual por la vía del derecho de propiedad. Puede pensarse que esto ha tenido mucho que ver con el hecho de que la aparición de la propiedad intelectual se diera mucho más tarde que la protección jurídica de la misma frente a objetos del mundo tangible. Algunas de esas cuestiones filosóficas complejas relacionadas con la protección de la propiedad intelectual son, en palabras de Merges:

“¿Debería la primera persona en descubrir una forma de llevar a cabo una tarea importante –por ejemplo, un procedimiento para cerrar una herida- tener derecho a impedir que otros utilicen este procedimiento? ¿Debería la primera persona en escribir una frase o en tararear una melodía tener derecho a impedir que otros copien esas palabras o canten la canción? ¿Deberían estos ‘derechos de propiedad intelectual’ ser más limitados que los derechos de la propiedad tradicional (p.e. el pleno dominio)?”. (Merges y otros: 2012. 1)³¹.

30 “The philosophical bases for protection of private property are well entrenched in our culture. Private property has been viewed as resulting when labor is applied to nature, as an incentive for discovery, as an essential part of personhood, and as a foundation for an ordered economic system”. Traducción libre de la autora.

31 “Should the first person to discover a way of performing an important task – for example, a procedure for closing a wound – be entitled to prevent others from using this procedure? Should the first person to pen a phrase or hum a melody be entitled to prevent others from copying such words or singing the song? Should

Estas ideas resultan relevantes cuando se trata de enfrentar las relaciones entre la universidad y la propiedad intelectual, tratando de encontrar salidas a las posibles cuestiones de fondo que esta involucra. Especialmente, teniendo en cuenta, como algunos sostienen, que en este contexto, el papel de la universidad ha resultado instrumental, pues “... *este régimen fue construido sobre una doble paradoja: para ser útil, la universidad debe ser no útil; en nombre de una expresión pública vibrante, alguna información debe ser privatizada. Es esta doble paradoja la que ocasiona el perpetuo trabajo de frontera entre la universidad y la ley de propiedad intelectual, y a su vez su permanente crisis entrecruzada*”³² (McSherry: 2001. 64).

Y sobre la base de que el sistema de propiedad intelectual permite la existencia de un espacio en el cual ciertos hechos –los naturales- y determinados conocimientos –sobre los hechos naturales- se encuentran en el dominio público, de la mano de la suposición de que es la universidad el principal garante de dicho dominio público, algunos han puesto en evidencia el tema de la ‘ficción de la originalidad’, según la cual es posible el trabajo creativo y original de algunos, sobre la base del dominio público:

“La localización de los hechos en el dominio público es un poderoso mecanismo de legitimación. Desde una perspectiva utilitarista, poner los hechos en el lugar común provee a los autores e inventores de materia prima para nuevos trabajos, y justifica la privatización temporal de esos trabajos... al consignar los hechos en el dominio público también se permite que jueces, abogados y autores mantengan la ficción legal de la ‘originalidad’. La expresión del autor se expresa en sus propias experiencias _cosas que ha leído, visto y escuchado, es decir, sus memorias_ y esa expresión es extraordinariamente difícil de analizar en los borrosos y ‘realmente originales’ elementos. El dominio público le permite a los autores y juristas ‘evitar la ardua labor de una búsqueda genuina de la ‘proveniencia’ u originalidad... una dinámica similar es evidente en la ley de patentes. Aunque se realiza una genuina búsqueda de la originalidad por parte de abogados y examinadores de patentes, la distinción legal entre hechos no patentables sobre la naturaleza y aplicaciones patentables sobre esos hechos le permite a los inventores reclamar que ellos pueden ser los únicos que poseen sus propias creaciones”³³ (McSherry: 2001. 192)

such “intellectual property rights” be more limited than traditional property rights (i.e. the fee simple?)”
Traducción libre de la autora.

- 32 “... this regime was built on a double paradox: to be useful, the university must be useless; in the name of a vibrant public expression, some information must be privatized. It is this double paradox that occasions the perpetual boundary work of both the university and intellectual property law and, in turn, their perennial, overlapping crises”.
- 33 The location of facts in the public domain is a powerful legitimating mechanism. From a utilitarian perspective, putting facts in the commons provides authors and inventors with the raw material for new works and justifies the temporary privatization of those works... consigning facts to the public domain also allow

Ello en tanto, dentro del sistema se parte, como regla general, de aceptar que la idea de originalidad es importante como criterio de protección del derecho de autor, en el entendido de que el mismo puede comprenderse de dos formas diferentes:

“En sentido subjetivo se concibe obra original cuando ésta refleja la personalidad del autor; con sus rasgos definitorios que convierte la obra en algo individualizado. Y desde un punto de vista objetivo se concibe la originalidad como ‘novedad objetiva’ que incorpora un cierto nivel de singularidad y novedad que antes no existía, puesto que no se protege lo que pueda ser patrimonio común que integra el acervo cultural o que está al alcance de todos” (Castillo, 2013, p. 18)

CONCLUSIONES

Se puede concluir que la propiedad intelectual funciona en varios sentidos: como una estrategia que motiva la investigación; como factor que promueve la creación de valor en el nivel institucional; como insumo para los procesos de innovación; como un elemento sistémico que propicia la creación de nuevos productos, sistemas, empresas o procesos que promueven el desarrollo económico, como base del avance social y las políticas de bienestar. En este aspecto, algunos retos importantes son, la definición de áreas de aprovechamiento social y comercial del conocimiento universitario, la generación de unas políticas de adecuación sistémica con las el entorno interno, local, regional y nacional, así como con los objetivos misionales de las instituciones y su correspondiente visión; y algunas oportunidades que se pueden vislumbrar consisten en la identificación de los logros obtenidos mediante la investigación en términos de resultados y productos, así como los mejores mecanismos para hacerlo, a la luz de las necesidades y vocaciones de las regiones, entre otros asuntos.

Para la universidad, la propiedad intelectual resulta ser un componente importante, ligado a su cotidiano quehacer como institución promotora de la cultura, la formación humana y el conocimiento. Especialmente como garante de ese repositorio de

judges, lawyers, and authors to maintain the legal fiction of ‘originality’. Authorial expression draws on the author’s experiences _ things she has read, seen, and heard, her memories thereof_ and that expression is extraordinarily difficult to parse into borrowed and ‘truly original’ elements. A public domain allows authors and jurists to ‘avoid the harsh light of a genuine search of provenance’ or originality ... a similar dynamic is evident in patent law. Although a genuine search for provenance is undertaken by attorneys and patent examiners, the legal distinction between unpatentable facts about nature and patentable applications of those facts allow inventors to claim they are only proprietizing their own creations.

saberes que está llamado a integrar ese denominado “*espacio público*”, del cual la misma sociedad puede nutrirse libremente.

Por ello, se entiende que la propiedad intelectual actúa como uno de los principales mecanismos de legitimación de estas instituciones, especialmente en cuanto atañe a su financiación con recursos públicos, dirigidos al bienestar colectivo, en tanto son estas instituciones quienes por vocación tienen a su cargo la guarda de ese espacio común y de libre acceso al conocimiento, lo que lleva a concluir que la universidad no podría renunciar al mismo.

Como tal, este tipo de propiedad sobre intangibles resulta determinante de las actividades de investigación e innovación que en estos espacios se diseñan, pues actúa simultáneamente como condicionante e incentivo de las mismas. Por ello, las universidades se ven enfrentadas en la actualidad al reto de establecer políticas claras respecto de la protección del conocimiento, que involucra, por supuesto, la consagración y preservación de ese espacio público como algo inalienable.

Adicionalmente, se requiere de un apropiado diseño de políticas y normatividad que permitan una gestión ágil de la propiedad intelectual, de manera que se facilite la interacción con los grupos, entre éstos y ente ellos y sus miembros, al a vez que de todos ellos en los distintos niveles con los demás actores del sistema, tanto en lo que tienen que ver con la financiación, la producción del conocimiento, como con su apropiación social y adecuada transferencia en ambos sentidos.

Para ello, será necesario pensar en el diseño participativo de políticas integrales que comprendan por lo menos, la discusión, revisión y posible re-definición del Papel de la Universidad en temas claves como la innovación, el emprendimiento, la transferencia tecnológica y de conocimientos y la apropiación social del conocimiento; además de la construcción de unos lineamientos para la relación Universidad-Sociedad respecto del conocimiento que la universidad produce y recibe; al igual que para los procesos concretos de gestión de esos intercambios de conocimientos desde la propiedad intelectual; la identificación de necesidades en esta materia según actores y necesidades específicas en áreas como la sensibilización, mecanismos de protección, procesos de vigilancia y acceso a la información y formación en distintos grados de especificidad, que sean pertinentes y diferenciados para los distintos actores, tales como los órganos de decisión y definición de políticas, investigadores y personal relacionado con la investigación y la innovación, docentes y estudiantes de los distintos niveles: pregrado y posgrado.

Así mismo, en materia de políticas, orientaciones y estrategias relacionadas con la propiedad intelectual, es necesario plantearse abiertamente el tema de las relaciones entre la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación; el tema de la pro-

ducción del conocimiento y sus límites en cuanto a la divulgación o la protección que pueden estar relacionados con temas como su valor económico y social.

Igualmente importantes resultan temas como los de la asignación de recursos para investigación e innovación según distintas tipologías y procesos, y el diseño de instrumentos institucionales que faciliten esta gestión, como podrían ser las convocatorias por tipos: investigación, innovación tecnológica, innovación económica, innovación social, entre otros. Y, también de capital importancia, la clarificación de las relaciones entre la Propiedad Intelectual y los ejes misionales universitarios, como escenarios de producción de diversas modalidades de conocimiento, valioso y susceptible de protección, desde la docencia, la investigación, la extensión y la gestión universitaria y del conocimiento.

Para ello, es necesario que la universidad afronte el reto de la necesidad de creación y consolidación de cultura sobre la propiedad intelectual en su interior, a través de los mecanismos de formación con que cuenta. De manera que los actores internos y externos, conozcan no sólo los límites y cuestiones de fondo sobre esta materia, sino que también cuente con un más fácil acceso al sistema de protección y sus requisitos y procedimientos, además de generar las capacidades de toma de decisiones en los distintos niveles dentro del marco de la política nacional y universitaria.

Este último plantea el reto de consolidar su liderazgo en el cumplimiento de los propósitos que le han sido encomendados, relacionados con la transferencia de tecnología, la creación de *spin off*, el fortalecimiento del emprendimiento empresarial y el asesoramiento a los grupos de investigación en temas como: propiedad intelectual mecanismos de protección y las relaciones Universidad-Empresa-Estado, en el entendido de que la propiedad intelectual resulta ser una actividad central para la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación al interior de la universidad, que requiere de un necesario y urgente un liderazgo que articule dichas funciones con el Sistema Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación y el contexto nacional, regional y local.

También resulta importante capacitar a los distintos actores en cuanto a los mecanismos de prevención y solución de diferencias o conflictos en materia de propiedad intelectual, así como los distintos modos de infracción y violación a éstos, como mecanismo que permita agilizar y clarificar las relaciones al interior de los grupos de investigación y entre sus miembros, y la consolidación de los espacios universitarios existentes para la gestión de estos asuntos y las relaciones con los actores externos, como es el caso del Programa de Gestión Tecnológica en el caso de la Universidad de Antioquia.

De otro lado, también se plantea la necesidad de formar a los públicos externos, de manera que en conjunto se pueda consolidar una masa crítica que incluya no sólo a los actores universitarios y productores de conocimientos sino también a los ciudadanos, abogados, jueces y demás actores del sistema, como emprendedores y agentes de intermediación, entre otros. Se trataría de construir espacios de formación en los distintos niveles, desde la divulgación hasta el posgrado, que permita generar capacidades especializadas según necesidades diversas.

También se pudo encontrar que, de las formas de protección a la propiedad intelectual aplicables al ámbito universitario, los principales son los derechos de autor y las patentes, al ser éstos los que con mayor intensidad pueden producirse en el interior de estas instituciones o como resultado de su quehacer. Ello, sin descartar que también en el tema de los diseños, que aparece como de poca relevancia en el ámbito universitario, se encuentra que existe algún margen de protección, especialmente sobre los resultados de investigación que dan lugar a prototipos y modelos, en los cuales la protección primordial serían las patentes, pero sin excluir la protección de la apariencia estética o visual de los mismos por la vía de los diseños, así como el cuidado del buen nombre de la institución y los productos que pueda generar, por la vía marcaria.

También resulta necesaria la generación y fortalecimiento de los espacios de articulación entre actores del sistema de propiedad intelectual en los niveles universitarios interno _administración, investigadores, innovadores, estudiantes en los distintos grados de formación, entre otros_ y externo _actores del Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación, del Sistema de Propiedad Intelectual, entre otros_. Y, por otro lado, se hace necesario clarificar y definir las políticas que determinen las relaciones entre investigación e innovación, las cuales pueden generar no sólo demandas en cuanto a sus procesos de diseño diferenciados sino también en cuanto a las distintas formas apropiadas de protección y devolución al espacio público.

BIBLIOGRAFÍA

- OROZCO SILVA, Luis Enrique. Escenarios y función de la universidad pública. Aspectos ético-políticos. En línea en: http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/publicacionesyMedios/Memorias/gestionIESPublicas/Luis_Enrique_Orozco_Silva.pdf
- MCSHERRY, Corynne. Who owns Academic Work? Battling for control of Intellectual Property. Massachusetts, Harvard University Press, 2001. Pp. 275.
- Merges, Robert. P., Menell, Peter S. and Lemley, Mark A. Intellectual Property in the New Technological Age. Sixth Edition. New York. Wolters Kluwer Law & Business. 2012. Pp. 1156.

- MATEO, José Luis. Sociedad del conocimiento. En: Revista Ciencia, Pensamiento y Cultura. Madrid. Volumen CLXXXII. No. 718. Marzo-abril de 2006. p. 145.
- TAMAYO VALENCIA, Alfonso. Sentido y significado de la Universidad Pública. En: El Observatorio de la Universidad colombiana. En línea en: http://universidad.edu.co/index.php?option=com_content&task=view&id=362&Itemid=81.
- RESTREPO OSPINA, Adriana María. Innovación. Concepto y retos en la agenda universitaria. En: Revista Estudios de Derecho. Año LXX –segunda época-. Volumen LXX. No. 156. Diciembre de 2013. Pp. 185-211.
- MONOTTI, Ann y RICKERTSON, Sam. Universities and Intellectual Property. Ownership and Exploitation. Reimpresión. Oxford. Oxford University Press. 2010. Pp. 626.
- BIAGIOLI, M. The instability of authorship: Credit and responsibility in contemporary biomedicine. *Faseb Journal*. 12. P. 3-16.
- BORJA BARRUTIETA. (2008). Los activos intangibles y sus retos. Horizontes para los próximos modelos productivos. La Rioja, España: Fundación Riojana para la innovación.
- KINSELLA, N. Stephan. Against Intellectual Property. *Journal of Libertarian Studies* Volume 15, no. 2 (Spring 2001): 1–53. En línea, en: <https://mises.org/books/against.pdf>
- Universidad Externado de Colombia, Hoja de Ruta de la Propiedad Industrial. Recuperado de: http://190.7.110.123/pdf/2_propiedadIntelectual/2012/09/Documento-SIC.pdf
- CHOMSKY, Noham. (2011) Academic Freedom and the Corporatization of Universities. University of Toronto, Scarborough. Recuperado de: <http://www.chomsky.info/talks/20110406.htm>
- Castillo, del, Isabel-Cecilia. Propiedad Intelectual, investigación y tesis doctorales. Madrid. Marcial-Pons. 2013. Pp. 113, p. 18, citando la Sentencia SSTs de 20 de febrero y 26 de octubre de 1992, entre otras como
- Montenegro Trujillo, Iván. Transferencia tecnológica e innovación: para no seguir inventando la rueda. En línea, en: Razonpublica.com. Acceso el 25 de junio de 2011.