

Informe en Derecho

LAS PATENTES DE INVENCION SOBRE MEDICAMENTOS

Alejandro Silva Bascuñán

Profesor de Derecho Político y Constitucional

Se ha solicitado que informe cuál es en nuestro actual ordenamiento constitucional el lugar que cabe reconocer a las patentes de invención sobre medicamentos.

La razón de este informe se debe a que la actual reglamentación legal de las patentes de invención se encuentra en el decreto 958 del Ministerio de Fomento, publicado en el Diario Oficial de 27 de julio de 1931, dictado durante la vigencia de la Constitución de 1925, en cuyo artículo 5º, letra a) declara que no son patentables, entre otros bienes, “los medicamentos de toda especie, las preparaciones farmacéuticas medicinales, y las preparaciones, reacciones y combinaciones químicas”.

Promulgada la Constitución que nos rige desde el 11 de marzo de 1981, se ha discutido, por una parte, el valor ante ella de la norma legal citada y se ha propuesto, por otra parte, establecer un nuevo cuerpo normativo que eliminaría la prohibición de conceder patentes de invención sobre los medicamentos.

1. PATENTES DE INVENCION

Según el Diccionario de la Real Academia Española, patente de invención es “documento en que oficialmente se otorga un privilegio de invención y de propiedad industrial de lo que el documento acredita”.

Don Luis Claro Solar estima que una patente de invención es “un privilegio exclusivo de que goza el inventor o descubridor, durante un tiempo determinado, del uso o aprovechamiento de su invención o descubrimiento que constituye para él un derecho de propiedad...” y, desde un punto de vista formal, según el mismo autor, la patente “es el diploma expedido en nombre de la nación por el funcionario respectivo que acredita el hecho de la invención o descubrimiento que se individualiza o describe por la persona que en aquel se indica”¹.

El beneficio sustancial que otorga la patente consiste, como lo reconoce el Artículo 14 del mencionado decreto 958, en que “el dueño de una patente de invención goza, desde el momento en que esté en posesión de su título, del derecho exclusivo de fabricar, vender o comerciar en cualquier forma el producto u objeto de su invento”, por el tiempo que dispone la ley.

Se resuelve mediante el otorgamiento de la patente de invención el conflicto de intereses que se crea entre el derecho de los integrantes de la sociedad de aprovechar los bienes que se encuentren a su disposición y la lógica aspiración del in-

¹ *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Tomo VI, p. 600.

ventor de que se le reconozca su aporte y se le asegure la exclusividad de los beneficios que del invento deriven.

Nadie podría negar al inventor que aproveche su invento produciendo bienes para su consumo o para ponerlos a disposición de terceros, ya que es ello consecuencia inherente a su propia actividad.

La libre comercialidad de los productos que permita el aprovechamiento por terceros de las ideas del inventor puede llevar a que desaparezca, en gran medida, el estímulo o aliciente que despierte la imaginación e iniciativa de las personas para contribuir con una nueva idea o descubrimiento al progreso colectivo.

La recién expuesta es la razón por la cual es lógico pensar que el inventor pretenda que la sociedad le reconozca el beneficio que consiste en el privilegio de que sea tan sólo él quién pueda sacar, con exclusividad de cualquiera otra persona, los frutos económicos que deriven del aprovechamiento por terceros de los bienes que se produzcan de acuerdo con el aporte de su invento.

Como el otorgamiento de la patente es una transacción entre la pretensión del inventor y los requerimientos de la sociedad, la solución que se da, a través de la concesión del privilegio, consiste en atribuírselo al inventor por un tiempo determinado.

“La explicación de este rasgo característico se halla —según explicáramos en otra ocasión— al considerar la apreciable influencia que la propia colectividad —en cuyo seno se ha formado la persona y que le ha proporcionado los elementos y el ambiente indispensables— tiene en la producción o descubrimiento logrado; y, al prever, además, que la misma sociedad puede llegar a necesitar que, con cierta rapidez, ceda el beneficio o disposición de lo creado o inventado al patrimonio común y deje de ser su aprovechamiento monopolio de su creador o inventor”².

Las patentes de invención constituyen una de las formas de la propiedad industrial contemplada, junto con la propiedad intelectual, en el N° 25 del Art. 19 de la Constitución de 1980.

La propiedad intelectual e industrial fue ya considerada como una forma especial y diferente de la propiedad común en la Constitución de 1833, la cual, en efecto, mientras, en el N° 5 de su Art. 12, se refería a la propiedad en general, en el Art. 152 (143) establecía que: “Todo autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento, o producción, por el tiempo que le concediere la ley; y si ésta exigiere su publicación, se dará al inventor la indemnización competente”.

La Constitución de 1925 reprodujo fielmente, al respecto, la de 1833, en el N° 11 del Art. 10, sin más cambio que el de corregir la referencia a la “publicación” por la de “expropiación”.

Es útil anotar que sobre la base de la Carta de 1833 se dictaron las leyes de 24 de julio de 1834, referida especialmente a la propiedad literaria y científica, y la de 9 de septiembre de 1840, relativa a la propiedad industrial.

Es también de interés recordar que los comentaristas de la Carta de 1833 analizaron tanto el texto constitucional como las leyes recién citadas. Así lo hicieron don José Victorino Lastarria en su obra “La Constitución de la República de Chile comentada”, 2ª edición, Gante, 1865, pp. 462 a 473; don Jorge Huneeus en “La Constitución ante el Congreso”, Tomo II, Imprenta Cervantes, 1891, pp. 368 a 370; y don Alcibíades Roldán en “Elementos de Derecho Constitucional de Chile”, Imprenta Litografía Barcelona, 1917, pp. 184 a 186.

² *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, N° 302, p. 294.

El Código Civil, en el Art. 584, dispuso: "Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores". "Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales".

En la actualidad rige, en cuanto a la propiedad intelectual, el decreto ley 345, publicado en el Diario Oficial el 5 de mayo de 1925, y en relación a la propiedad industrial el decreto ley 958 de 27 de julio de 1931.

Al prepararse el anteproyecto de nueva Constitución Política por la llamada Comisión Ortúzar se emitió un dictamen por la subcomisión del derecho de propiedad relacionado, específicamente, con la propiedad intelectual e industrial, con fecha 19 de marzo de 1976³.

La Comisión mencionada debatió en pleno el problema en sus sesiones N° 197, de 1° de abril de 1976; 201, de 13 de abril, y 202 de 14 de abril de ese año.

El abogado don Santiago Larraguibel Zavala, ex jefe del Departamento de Propiedad Industrial, que participó en la generación del informe a que aludimos, dio a la publicidad una obra titulada "Derecho de autor y propiedad industrial. Nuevas disposiciones constitucionales"⁴.

2. EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Es del caso precisar cuál es la situación jurídica de las patentes de invención dentro de la actual Carta Fundamental, mencionadas, como están, en el N° 25 de su Art. 19.

Se hace indispensable proyectar un estudio de esta especie considerando el conjunto de nuestro ordenamiento fundamental, por cuanto, como lo ha reconocido con claridad y vigor el Tribunal Constitucional, corresponde hacer prevalecer siempre el contexto sobre la letra misma de un determinado precepto de la propia Carta, criterio que le llevó en sentencia notable a prescindir de la clara letra de una norma transitoria para darle primacía al precepto permanente que la contradecía sustancialmente⁵.

La conveniencia de adentrarse, desde la partida, a un análisis que considere, en la profundidad de sus raíces y de sus proyecciones, el tema en estudio, se afirma al constatar que se conoce sólo un trabajo sobre la materia proveniente del distinguido profesor de Derecho Constitucional don José Luis Cea Egaña. El profesor Cea dio a la publicidad lo sustancial del informe en derecho que había evacuado sobre el problema como antecedente del recurso de protección interpuesto por Laboratorios Pfizer, a que nos referimos más adelante⁶.

Las opiniones del profesor Cea en el trabajo mencionado reflejan discrepancia con las nuestras en los aspectos que se puntualizan en este dictamen.

La Constitución de 1980 procura ser consecuente, a través de sus disposiciones, con sus principios inspiradores, entre los cuales, y en forma destacada, se

³ Anexo de documentos en actas de sesión N° 197 de 1° de abril de 1976.

⁴ Editorial Jurídica, 1979, 364 páginas.

⁵ Sentencia de 24 de septiembre de 1985 recaída sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones.

⁶ Revista de Derecho, U.C., Volumen 12, 1985, pp. 7 a 34.

comprende el fortalecimiento del régimen de la propiedad y del libre ejercicio de la actividad económica.

El constituyente, desde luego, se preocupó, por primera vez, de señalar, en la misma Ley Fundamental, aquellos bienes que no pueden ser objeto de apropiación privada al asegurar, en el N° 23 del Art. 19, a todas las personas: "La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y una ley lo declare así".

Excluidos así, por mandato directo de la Ley Fundamental, los bienes de las categorías mencionadas de la posibilidad de constituir en relación a ellos derecho de dominio, ella consagra y sujeta a ordenaciones diferentes las diversas especies de propiedad.

a) En los primeros cinco incisos del N° 24 del Art. 19 se establecen las bases generales del derecho de propiedad aplicables a todas las formas admitidas por el constituyente en cuanto no tengan en el propio texto una preceptiva diferente.

Conforme al primero de los incisos del mencionado N° 24, se asegura a todas las personas "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda la clase de bienes corporales o incorporales".

La amplitud del precepto se establece adecuadamente a través de las palabras empleadas. La voluntad del constituyente de atribuirles el más vasto alcance la comprende quien conozca los preceptos pertinentes del Código Civil, la evolución de las respectivas normas constitucionales precedentes y la historia de la redacción de la actual Carta, en este caso especialmente detenida y concluyente.

Se usó la palabra "bienes" en lugar de "cosas" para no dejar dudas de que con tal vocablo se comprenden tanto las cosas materiales como inmateriales, los muebles e inmuebles, los derechos y acciones y cualquier otro bien que tenga para su titular algún valor de carácter patrimonial.

Las demás reglas de los cinco primeros incisos del N° 24 contemplan la amplitud de la esfera que se entrega a la ley, la explicación de los valores que comprende la función social del dominio y las bases de la privación de la propiedad mediante expropiación y toma de posesión del bien expropiado.

b) Los incisos 7 a 10 del N° 24 del Art. 19 consagran el régimen minero, señalan las bases del otorgamiento de las concesiones y establecen que "el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número".

c) El inciso final del N° 24 del Art. 19 dispone que: "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos".

3. LA PATENTE DE INVENCION EN LA CONSTITUCION DE 1980

Era previo considerar la existencia de las reglas que acabamos de citar para entender mejor el alcance del N° 25 del Art. 19, conforme al cual se asegura a todas las personas:

"El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquiera especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular".

"El derecho del autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos,

como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley”.

“Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley”.

“Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales o artísticas y a la propiedad industrial lo prescripto en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior”.

Los incisos que se citan son los que se refieren al régimen común de propiedad y recaen sobre la misión confiada al legislador, la función social del dominio, la expropiación por causa de utilidad pública y toma de posesión del bien expropiado.

La comparación de la preceptiva de la Carta de 1980, relativa a la propiedad intelectual e industrial, con la manera cómo dichas formas de propiedad se aseguraban en la Carta de 1925, hace patente el cambio producido en el régimen establecido respecto de ellas.

Es manifiesto que en la Constitución de 1925, como ocurría en la de 1833, la normativa constitucional era la misma para ambas y consistía en “la propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley”.

La precisión del alcance jurídico de una y otra forma de propiedad dio materia para diversas doctrinas que pretendían explicarlo, que no es del caso detallar en esta oportunidad. Pueden consultarse, por ejemplo, las obras ya citadas de don Luis Claro Solar y de don Santiago Larraguibel.

Mientras tanto, el contenido de la propiedad intelectual y el de la propiedad industrial en la Constitución de 1980 es diverso según la norma ya transcrita.

La propiedad intelectual consiste ahora, en efecto, en el “derecho del autor sobre sus creaciones” y comprende los diversos aspectos que el texto precisa.

La propiedad industrial recae hoy sobre “las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas”.

Ha desaparecido, pues, en el texto de 1980, la propiedad exclusiva de los descubrimientos o producciones que otorgaba el texto de 1925 y ésta se ha convertido ya en el derecho del autor a sus creaciones, en relación a la propiedad intelectual, ya en la propiedad sobre las patentes de invención y demás formas indicadas por el constituyente, respecto de la propiedad industrial.

Si la Carta de 1980 establece que “se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención”, ella está definiendo que el derecho de propiedad garantizado es el que se refiere a la patente, o sea, al privilegio o monopolio que le reconoce el Estado como inventor y que le permite aprovechar las ventajas que le proporciona ese monopolio.

No ha de confundirse, por una parte, la propiedad que adquiere el inventor sobre la patente, sujeta al régimen especial a que se somete en virtud de la Constitución y la ley —y que él puede negociar incluso desprendiéndose de la posibilidad de continuar aprovechándolo—, por otra parte, con el dominio de los bienes amparados por la patente, que se regirá por el estatuto pertinente a la respectiva naturaleza de las cosas de que se trata.

Los bienes producidos directamente por el inventor, o con su permiso o autorización, representan así una especie de dominio diferente del que el propio inventor tiene sobre su patente.

La patente es un bien creado por el Estado, en beneficio, es cierto, del inven-

tor, pero, simultáneamente, constituye una restricción a la libertad con que se produce la competencia en el mercado.

Don Luis Claro, refiriéndose a la propiedad industrial, reconoce que ella, a diferencia de la intelectual, "restringe en una medida más o menos grande el juego de la libre concurrencia y la sociedad está interesada en el aprovechamiento general de los nuevos procedimientos y métodos industriales"⁷.

Este privilegio representa, en efecto, una excepción a la libre comercialidad de los bienes, que es el principio general de la actividad económica que el constituyente pretende sostener.

La decisión que adopta en definitiva el Estado al otorgar la patente importa la apreciación final de la consideración de diversos valores que ha de ponderar y equilibrar el ordenamiento jurídico. Ellos son la conveniencia de mantener sin restricciones la libertad de las actividades comerciales, la de estimular el esfuerzo creador que lleve a resultados que pueden favorecer a la colectividad nacional y, en fin, la de resguardar los diversos valores que la Constitución se preocupa de fortalecer y que pueden arriesgarse como consecuencia del monopolio.

La disposición constitucional, de acuerdo con su claro texto, no garantiza de modo alguno al inventor que indefectiblemente tenga que lograr de la sociedad organizada, como derecho suyo, la obtención de la patente que impetre.

Ningún precepto de la Constitución garantiza, en efecto, explícita ni implícitamente, al autor que se le otorgará en todo caso la patente que requiera, porque ésta no es un bien propio inherente a su persona y a su creación, sino que nace de una decisión de la autoridad encargada del bien común.

Si se otorgara patente a otra persona que el inventor, entonces sí que no se respetaría el derecho de él sobre sus creaciones.

El derecho del inventor comprende, por cierto, el de pedir la patente, al cual corresponde la obligación de la autoridad de pronunciarse sobre tal petición y el de obtener que, si procede, le sea otorgada exclusivamente a él.

El precepto constitucional distingue como derechos separados y diferentes el del autor sobre sus creaciones y el del inventor sobre su patente.

Mientras el autor tiene derecho a que se le reconozca su creación intelectual o artística, el inventor no tiene derecho a que se le otorgue la patente.

La creación intelectual es inseparable del autor, tal como lo es, respecto del inventor, lo que con su actividad produzca.

La patente que se otorgue al inventor no es una proyección de su propia personalidad, sino que es una consecuencia agregada mediante una decisión de la autoridad que la concede o no según circunstancias diferentes al interés particular del inventor.

Contribuye a esclarecer el problema sustancial, diferenciar la relación que hay, según la Constitución, entre el derecho del inventor a lo que obtiene de su propia actividad, del derecho de dominio de que gozará sobre la patente si ésta se le concede.

La calidad de inventor le permite proyectar libremente su actividad y aprovechar lo que de ella resulta para su satisfacción o para la de los terceros a quienes les dé a conocer su invento.

Pues bien, es comprensible que el inventor requiera el apoyo de la colectividad organizada para que le asegure el beneficio que se traduce en el monopolio que le permite obtener exclusivamente a él las ventajas patrimoniales derivadas

⁷ Ob. cit., p. 599.

de su invento durante un tiempo determinado en compensación del aporte que ha realizado.

4. LA FUNCIÓN DEL LEGISLADOR

Se trata, como dijimos, mediante la concesión de la patente, de la creación de un bien que sólo llega a incorporarse al patrimonio del favorecido si la sociedad se lo reconoce.

La sociedad, por su parte, tiene facultad para establecer las normas generales y particulares que corresponde aplicar frente al requerimiento de los inventores que pretendan obtener de ella el privilegio que les interesa.

Se explica así que el constituyente entregue al legislador todo lo relativo al establecimiento del modo de adquirir la patente, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social. Repárese que en las Cartas anteriores solo le entregaba la fijación del tiempo de privilegio.

En los preceptos legales pertinentes se habrá de fijar el estatuto que precise los derechos y obligaciones del beneficiario de la patente que, por ejemplo, como tratándose de cualquier otro bien y en razón de su función social, podrá ser objeto de expropiación.

En el mismo cuerpo normativo se contendrán las disposiciones que servirán de base para decidir si se otorgan o no las patentes que se soliciten. Estas sólo se concederán, en principio, cuando el interés individual del inventor se concilie con el interés de la sociedad.

En resumen, cabe distinguir la función social que pueda explicar restricciones al derecho de dominio del inventor sobre la patente ya concedida, de la libertad que cabe reconocer a la sociedad entera a través del legislador para establecer previamente el régimen a que deba someterse el otorgamiento de patentes y, dentro de él, las reglas en virtud de las cuales algunas no puedan otorgarse u otras sólo puedan concederse en ciertas y determinadas condiciones.

5. LA PATENTE ANTE LA LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA

El N° 21 del Art. 19 asegura a todas las personas "el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".

Pues bien, no puede deducirse de este texto que él otorgue al inventor un derecho a obtener la patente. Al contrario, la regla está establecida en favor de todos los que quieran desarrollar una actividad económica dentro de las normas legales que la regulen, en tanto no sean contrarias a los valores mencionados por el precepto constitucional.

Si la patente no se concede, no se impide al inventor que realice la actividad económica en relación a los bienes a que el invento puede referirse. Simplemente no se le coloca en una situación monopólica de privilegio que le favorezca, con la natural repercusión adversa para quienes deban soportarla.

La patente representa, en efecto, una restricción, una excepción al principio de la libertad de las actividades económicas. Ello afirma la interpretación de que este texto no puede servir para fundar en él un eventual derecho estricto del inventor a que el Estado, reconociendo la realidad de su invención, lo favorezca con el privilegio.

6. LA PATENTE Y EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD

Establecido que la Constitución no consagra como un derecho para el inventor el otorgamiento de la patente, sino que confía al legislador la determinación de las bases a que deberá sujetarse su concesión por la autoridad encargada de expedirla, es del caso considerar, respecto del problema que nos ocupa, el postulado de la igualdad ante la ley.

Debe tenerse presente, en efecto, que, por una parte, en su inciso primero el N° 2 del Art. 19 garantiza la igualdad ante la ley y en su inciso segundo dispone que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" y que, por otra parte, en virtud del N° 22 del mismo Art. 19 se asegura, asimismo, en favor de todas las personas "la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica".

De ambos textos resulta, si se los vincula al N° 25 del propio Art. 19, que la ley puede establecer diferencias o discriminaciones según las cuales algunas patentes hayan de concederse y otras queden impedidas.

El legislador, al cumplir el encargo del constituyente, habrá de fijar bases de discriminación que, en principio, no serán arbitrarias.

Sólo mediante un recurso de inaplicabilidad podría tacharse a la ley que, al imponer los criterios que conduzcan al otorgamiento o a la negativa de las patentes que se soliciten, envuelva una infracción al principio de la igualdad ante la ley o a la prohibición de discriminaciones arbitrarias en materia económica.

Ha de recordarse, por otro lado, que el legislador y la autoridad administrativa tienen que respetar esas normas y que resulta, por lo tanto, posible que en el hecho, al aplicar un precepto legal que carezca de esos reparos, sea, no obstante, la autoridad administrativa la que, con infracción de esos principios, niegue el otorgamiento de una patente que ha debido concederse en cumplimiento de las normas superiores pertinentes.

Esta última situación tendrá abiertos los caminos que puedan seguirse frente al abuso de la administración.

7. EL DERECHO A LA PROPIEDAD

Particular análisis requiere, en relación al tema que nos preocupa, lo dispositivo del N° 23 del Art. 19 que garantiza "la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de otros preceptos de esta Constitución".

"Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes".

El profesor don José Luis Cea, en el trabajo que citamos, da al texto transcrito un sentido con el que no concordamos y que debemos considerar previamente antes de la expresión de nuestra discrepancia, transcribiendo las afirmaciones más pertinentes:

"El problema esencial que cabe dilucidar en el tópicó es el siguiente: ¿Puede la ley, sin vulnerar sustantivamente la Constitución, prohibir la patente de inventos con aplicación industrial definida y lícita?"

"En mi concepto, el asunto tiene que ser situado y resuelto, primordialmente,

en relación con la libertad que el Constituyente asegura a todos los inventores para adquirir el dominio de cualquier invención o descubrimiento que, siendo lícito, posea carácter industrial definido”.

“En efecto, el dominio de tales inventos es consecuencia de dos supuestos, garantizados también por el Constituyente, a saber, el derecho a la propiedad de ellos y el modo que, fluidamente, permita adquirirlos”.

“Así es, porque la propiedad presupone un elemento abstracto y otro concreto: El primero es la libertad de apropiación de bienes reservándolos para sí con exclusión de los demás; y el segundo estriba en el hecho jurídico de la adquisición, determinante de los bienes cuyo dominio exclusivo pertenece a tal o cual persona”.

“Fluye de lo expuesto que el problema planteado repercute en el derecho de propiedad ya adquirido, pero su base y más radical efecto yace en aclarar si, al prohibir una determinada patente de invención, la ley excluye la apropiabilidad privada del respectivo invento, suprimiendo así la libertad para adquirirlos por quienes lo idearon o descubrieron con sus recursos, esmero e ingenio...”⁸.

Creemos que en las frases transcritas se contienen afirmaciones que inducen a confusión y, a su vez, a conclusiones, a nuestro juicio, equivocadas.

Procuraremos esclarecer, primero, la razón y contenido del precepto que se invoca y examinar, luego, si es aceptable apoyarse en él para llegar a las afirmaciones que formula el profesor Cea.

Si se revisa la historia del establecimiento del “derecho a la propiedad” —que, por lo demás, el propio profesor Cea da a conocer minuciosamente— se constata que nada tiene que hacer con el problema en estudio.

Don Pedro J. Rodríguez, explicando, en el seno de la Subcomisión de derecho de propiedad, la razón del precepto, sostuvo: “... que al derecho a la propiedad pueden asignársele dos significados: uno, desde el punto de vista propiamente jurídico, que en un sentido subjetivo se identifica o relaciona con la capacidad para adquirir, esto es, con el atributo de la personalidad que permite tener acceso a la propiedad y que, en consecuencia, es un presupuesto o requisito previo para la adquisición, y que en un sentido objetivo se vincula con la comerciabilidad de los bienes, esto es, con su aptitud para ser apropiados; y, en otro orden, el precepto sobre este derecho puede entenderse con un carácter más bien de política social, en cuanto tiende a estimular el acceso a la propiedad de las personas más desposeídas de la colectividad...”⁹.

Más adelante el señor Rodríguez explicó que “el lugar natural de los bienes es la propiedad privada, razón por la cual debe reconocerse la posibilidad de toda persona para adquirirlos. Sin embargo, por razones de interés general puede ser el caso que determinados bienes no sean apropiables o deban reservarse al Estado”¹⁰.

Por otra parte, el presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar, expresó en el pleno de ella: “Lo que se ha querido destacar aquí es el derecho prioritario, en cierto modo, de los particulares a incorporar bienes que la naturaleza y que la Providencia creó para incorporarlos a su patrimonio privado, con preferencia al

⁸ Ob. cit., p. 23.

⁹ Sesión N° 148, Anexo de documentos, p. 59.

¹⁰ Sesión N° 197, Anexo de documentos, p. 41.

Estado. De tal manera, que solamente por excepción estos bienes pueden reservarse al dominio nacional o del Estado. Ese es el sentido y alcance”¹¹.

Don José María Eyzaguirre García de la Huerta manifestó que con esta norma “...se asegura el tráfico de la propiedad, o sea, la posibilidad de adquirir bienes que pertenezcan a otra persona mediante la compraventa u otra forma...”¹².

La fundamentación del precepto que consagra el “derecho a la propiedad” en la actual Constitución contempla una situación del todo ajena y diversa a la cuestión en que se lo quiere hacer repercutir.

El novedoso mandato del “derecho a la propiedad” considera la existencia, dentro de la sociedad civil, de los bienes que, por la naturaleza o por la actividad del hombre, son susceptibles de convertirse en propiedad particular.

Por ser esa, cabalmente, la materia a la que se refiere el “derecho a la propiedad” que crea, constata la norma que hay bienes que no pueden pasar al dominio privado: los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda.

Luego de distinguir entre los bienes que son susceptibles de apropiación y los que no lo son, el constituyente, para afirmar la igualdad entre los integrantes de la comunidad nacional y posibilitar una política social de justicia distributiva entre todos ellos, les garantiza el derecho de acceder al dominio de los bienes que requieren para la satisfacción de sus necesidades.

Bastan las consideraciones que acaban de formularse para afirmar que no hay vínculo alguno entre el “derecho a la propiedad” y la tesis que sustenta, a base de él, el profesor Cea en cuanto que de tal derecho derivaría el del inventor a obtener la patente llamada a amparar la negociación consecuyente de su invento.

Las frases del profesor Cea que quedaron transcritas expresan numerosos supuestos que no parecen conformarse con la lógica.

Es del caso observar, por ejemplo, que mientras el constituyente reconoce el derecho de propiedad sobre la patente, el intérprete de la norma lo hace referirse al “derecho al invento”, cuando dice: “Fluye de lo expuesto que el problema planteado repercute... en aclarar si, al prohibir una determinada patente de invención, *la ley excluye la apropiabilidad privada del respectivo invento*, suprimiendo así la libertad para adquirirlo por quienes lo idearon o descubrieron con sus recursos, esmero e ingenio”¹³.

En otro punto de su trabajo el profesor Cea deduce del precepto constitucional en análisis “...el principio que, aplicado a la cuestión que nos ocupa, significa que la Ley Fundamental asegura a los inventores el derecho a adquirir la propiedad privada de los objetos y procedimientos que ha inventado o descubierto”¹⁴.

La confusión del comentarista no es aquí ahora entre el derecho a la patente otorgada y el derecho del inventor a su creación, sino que entre el derecho de propiedad sobre la patente y el derecho a adquirir los objetos y procedimientos que ha inventado o descubierto.

Las puntualizaciones precedentes ponen de relieve que el ánimo de hacer decir al texto lo que no expresa lleva al profesor Cea a transformar un precepto encami-

¹¹ Sesión N° 197, p. 19.

¹² Sesión N° 197, p. 21.

¹³ Ob. cit., p. 23.

¹⁴ Ob. cit., p. 24.

nado a asegurar la libre comerciabilidad de los bienes, en otro que distorsiona la voluntad del constituyente, que clarísimamente se refiere al derecho de propiedad "sobre la patente". El dominio sobre el privilegio en favor del inventor no niega el derecho de éste al invento y es precisamente porque existe este derecho que eventualmente puede llegar a ser amparado con el otorgamiento de la patente.

8. GARANTÍA DE LA ESENCIA DE LOS DERECHOS

Dispone el N° 26 del Art. 19: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Pues bien, se ha argumentado que las limitaciones y restricciones que pueden imponerse al dominio no deben llegar a afectar la esencia de los derechos y que ello ocurriría si el legislador, cumpliendo el encargo relativo a la propiedad industrial, establece normas conforme a las cuales no proceda otorgar patentes al inventor.

Tal argumentación carece de fundamento, por cuanto el constituyente no ha creado en favor del inventor el derecho a la patente, sino que sólo asegura la propiedad de ella si le es concedida, cuando proceda otorgarla dentro de las reglas que promulgue el legislador.

9. JURISPRUDENCIA SOBRE EL PROBLEMA

Se ha producido ya un caso en el cual la doctrina sustentada en este informe ha sido afirmada por los tribunales en relación a la libertad que conserva el legislador, dentro de la actual Constitución, para precisar productos respecto de los cuales no se otorguen patentes de invención.

Con motivo de que Laboratorios Pfizer solicitó la concesión de una patente sobre un medicamento de su invención al Ministerio de Economía y éste rechazare su petición fundado en que el Art. 5° letra a) del Decreto 958 prohíbe el otorgamiento de patentes sobre fármacos, el laboratorio mencionado interpuso recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en el que sostuvo que esa norma legal habría sido derogada por la Constitución de 1980.

La Corte de Apelaciones, en sentencia de 29 de agosto de 1986, desechó el recurso sosteniendo, en síntesis, que, dada la naturaleza del asunto, no procedía resolverlo por esa vía.

La Corte Suprema, por fallo de 15 de abril de 1987, estimó que de esa manera la Corte de Apelaciones no se había pronunciado sobre el recurso y dispuso, por ello, que el proceso volviera al tribunal a quo para que emitiera tal pronunciamiento.

Por sentencia de 27 de julio de 1987 la Corte de Apelaciones, interviniendo nuevamente el ministro Mario Garrido y los abogados integrantes señores Claudio Illanes y Octavio Gutiérrez, se pronunció sobre el fondo del problema rechazando el recurso.

El fallo fue confirmado, sin mayores alteraciones, por la Corte Suprema, por resolución de 9 de septiembre de 1987.

Resulta oportuno recoger las consideraciones del fallo de carácter general que, sin referirse sólo al problema específico de las patentes de medicamentos, confirman, en aspectos importantes, lo que se ha venido sosteniendo en este informe.

En el considerando 17 del fallo de la Corte de Apelaciones se expresa: "...al recurrente no se le ha puesto en duda la prioridad de su invento, sólo su goce en exclusiva, mediante el privilegio que concede la patente; en otras palabras: la cuestión no está referida al dominio, llanamente dicho, sí que al goce de esa particular forma de propiedad que se adjetiva de "industrial" y que el Código Civil manda que ha de regirse por ley especial, sin desconocer, precisamente, que las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores".

El considerando 18, por su parte, afirma: "En lo que dice relación con el N° 26 del precepto, tantas veces citado, tampoco cabe considerarlo infringido. Ello, por cuanto el derecho de propiedad no se encuentra afectado en su esencia. En el caso de autos, la Corte ha sostenido uniforme y claramente que al Laboratorio Pfizer se le reconoce que es el propietario de su descubrimiento: puede incluso enajenarlo a terceros, si tal cosa conviene a sus intereses, sin que nada entrase, embarace, perturbe o impida tanto esto como cualquiera otra negociación o el aprovechamiento económico del mismo".

10. PROHIBICIÓN DE PATENTAR MEDICAMENTOS

Todo lo que hemos sostenido anteriormente lleva a concluir que el Art. 5° letra a) del D.L. 958 de 1931, que prohíbe las patentes sobre medicamentos, no contraviene, sino que, por la inversa, se ajusta plenamente a la Constitución Política, tanto a aquella que regía cuando ese precepto legal fue dictado, como a la que actualmente está en vigor.

A ello habría que agregar que aún el legislador, a la luz de la Carta de 1980, no estaría habilitado para permitir que mediante el privilegio de la patente se dispusiera la exclusividad o monopolio de los fármacos. Si ello ocurriera, entonces sí se incurriría en inconstitucionalidad.

Cabe reiterar que el derecho del autor de una invención o descubrimiento no se identifica con la propiedad industrial sobre la patente, privilegio éste que el Estado puede otorgar o denegar, según si se cumplen o no los requisitos que la ley impone.

Este privilegio constituye un real monopolio, puesto que por una disposición legal se suprime la libre concurrencia en una actividad individual y se reserva su ejercicio a sólo el beneficiario¹⁵.

En efecto, la propiedad industrial sobre patentes de invención, con arreglo a la ley citada sobre la materia, permite al titular del beneficio, en exclusiva, la producción y comercio de su creación; propiedad que, en general, como ya se ha dicho, es otorgada a quien acredite reunir las condiciones exigidas, salvo que se trate de objetos o productos no patentables, entre los cuales están los alimentos y los medicamentos, excluidos, como se verá más adelante, por razones de interés público.

Pero la prohibición de patentarse que pesa sobre estos productos no afecta al

¹⁵ SAYAQUEZ LAZO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 84, Nota 3, Ed. Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1953.

dominio que en ellos se reconoce a los autores del invento, conforme a lo prevenido en el N° 25 del Art. 19 de la Constitución Política, porque éstos pueden libremente ejercer su derecho mediante cualquier aprovechamiento económico, aun por su enajenación. Lo que no pueden obtener es sólo la patente industrial sobre el invento o descubrimiento, es decir, el monopolio o privilegio de exclusividad sobre su producción y mercado.

11. UN RÉGIMEN DE MONOPOLIO PARA EL COMERCIO DE MEDICAMENTOS SE OPONE A LA DEBIDA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Como la patente industrial es un privilegio monopólico que, una vez otorgado, constituye un derecho de propiedad en los términos que asegura nuestro ordenamiento jurídico, la ley respectiva está obligada a establecer no sólo las existencias conducentes a que se demuestre la realidad de la invención, sino también a evitar que el beneficio resulte incompatible con los valores que los principios y normas de la Constitución resguardan; de lo contrario, quedaría viciada de inconstitucionalidad.

Ahora bien, la ley de propiedad industrial prohíbe que se otorgue patente a las bebidas y artículos de consumo o alimenticios, ya sean para el hombre o los animales; los medicamentos de toda especie; las preparaciones farmacéuticas medicinales, y las preparaciones, reacciones y combinaciones químicas”, y a “los inventos contrarios a las leyes nacionales, a la salubridad u orden públicos, a la moral o buenas costumbres y a la seguridad del Estado.

La prohibición no es, por cierto, arbitraria, esto es, sin fundamento razonable. Por el contrario, se impone para que no haya pugna entre el privilegio de la patente industrial sobre las invenciones y el libre acceso de la población a los alimentos y productos medicinales, que por la exclusividad de su producción y mercado, inherente al monopolio, quedaría indudablemente obstruido u obstaculizado.

Desde un punto de vista netamente comercial, es posible que se argumente que la exclusión del régimen de patente de los medicamentos puede significar deterioro económico para los interesados, principalmente empresas transnacionales del rubro farmacéutico; argumento que dista de ser incontrovertible y que en el hecho se rebate con acopio de antecedentes por importantes organismos o entidades diversas¹⁶.

Pero esta parte del informe sólo cumple con analizar la eventual derogación de la letra a) del Art. 5° del D.L. 958 de 1931, desde la perspectiva de su compatibilidad con el ordenamiento constitucional. Y lo que interesa para estos efectos es determinar si esa derogación, en cuanto concierna a los medicamentos, vulnera el principio y la norma protectores del derecho a la salud de las personas y, por lo tanto, de la población, fundamentalmente consagrados en nuestros textos constitucionales.

Salud es el “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”. La salud pública es la que atañe a todos los que componen la población de un país. “Salubridad” es la “calidad de salubre”. “Saludable”, “que sirve para conservar o restablecer la salud corporal”¹⁷.

¹⁶ Véase, entre otros, “Fundamentos de ASILFA para no modificar la ley de patentes”, mayo de 1988.

¹⁷ SILVA B., Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, N° 320, p. 312.

Y medicamento o producto farmacéutico "es cualquier sustancia, natural o sintética, o mezcla de ellas, que se destine a la administración al hombre o a los animales con fines de curación, atenuación, tratamiento, prevención o diagnóstico de las enfermedades o de sus síntomas", según lo define el Código Sanitario. (D.F.L. 725 de 1967).

A la sola luz de las definiciones transcritas es, pues, obvio que la salud de las personas y la salud pública o la salubridad se verían perturbadas o dañadas si los medicamentos o productos farmacéuticos no pudieran circular ni utilizarse libremente, sino bajo las condiciones restrictivas que entraña el monopolio o privilegio de la patente.

Porque si la variada gama de medicinas con que el ingenio humano procura atender a las enfermedades quedara en el ámbito exclusivo y monopólico de la propiedad del inventor, se sustraerían de la finalidad a que de suyo están destinadas, esto es, a su profusión y acceso del modo más amplio y concurrente a todos aquellos que requieren de la curación, atenuación, tratamiento, prevención o diagnóstico de sus dolencias o de sus síntomas. Se comprometería así la salud de los individuos y de la colectividad, aun sin considerar el fuerte incremento en los precios de los medicamentos marginados de la competencia, que tendería a producirse y que dejaría impedida de adquirirlos a la gran mayoría de la población.

Se puede leer, a este respecto, en el informe del subcomité dependiente del Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes de EE.UU., que "...entre 1982 y 1986 las alzas en los precios de las drogas produjeron aumentos en los beneficios de 4.700 millones de dólares, mientras que los gastos en investigación y desarrollo aumentaron en 1.600 millones de dólares. Las alzas de precios produjeron tres veces el ingreso necesario para consolidar cada dólar invertido en una nueva investigación"¹⁸.

Se ha solido sostener que, por el contrario, el régimen monopólico facilita la innovación y la estimula, con lo que se promueve el desarrollo tecnológico e industrial del sector farmacéutico y, como consecuencia, lejos de ser obstáculo o peligro para la salud o salubridad pública, es un factor que la protege y la preserva. Pero no es esa la conclusión a que arriban estudios competentes emanados de organismos internacionales, como el de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (UNIDO), elaborado para la reunión regional de la industria farmacéutica en América Latina, organizada por SELA y realizada en los días 11 a 13 de mayo de 1988, estudio titulado "La evolución de las patentes sobre medicamentos en los países desarrollados". Este documento, en parte de sus conclusiones, establece:

"El desarrollo tecnológico e industrial del sector farmacéutico no ha requerido como "conditio sine qua non" del monopolio estricto de patentes. La historia industrial de países con Alemania, Suiza, Reino Unido, Francia, Italia, España y Canadá ratifica que sus industrias farmacéuticas se desarrollaron sin patente de ningún tipo o con fórmulas flexibles de patentamiento.

"Por el contrario, existen experiencias históricas en los países desarrollados de estancamiento y atraso industrial farmacéutico atribuible a la presencia del monopolio de las patentes.

¹⁸ Corresponde al 2º informe del citado subcomité, sobre "Aumento en los precios de drogas de Recetario e Información Relacionada", de 21 de abril de 1987, p. 5 del Anexo N° 9 del documento de ASILFA, citado.

“La ampliación y refuerzo del monopolio de patentes y en concreto el reconocimiento de la patente de producto es en muchos países desarrollados relativamente reciente. La evolución que ha llevado a este resultado ha sido muy dilatada en el tiempo y cabe asociarla al proceso de maduración y consolidación de sus sectores industriales farmacéuticos.

“Esta evolución hacia la aceptación o el refuerzo del monopolio estricto de patentes se ha hecho en los países desarrollados teniendo en cuenta que los potenciales beneficios de las patentes (estímulo a la innovación) deben ser balanceados con los costos que implican. Por eso, ha sido frecuente la introducción de mecanismos compensatorios de refuerzos de la competencia (como en la *Droge Price Competition and Patent Term Restoration Act.* de 1984 de los EE.UU.). Las dificultades del convenio de Luxemburgo de la Patente Comunitaria que después de doce años aún no ha entrado en vigor por falta de ratificación confirma que el monopolio de patentes no se acepta sin más como garantía incuestionable del desarrollo tecnológico e industrial”¹⁹.

Y es que “la medicación de los hombres no es cosa que pueda parangonarse a todas las demás industrias que se ejercitan sobre otras materias”, como ya fue dicho por Gustavo Cavour en justificación de la prohibición de patentar²⁰.

El régimen de la patente industrial sobre los medicamentos pugna, pues, con la prevención, conservación y recuperación de la salud de las personas y, por lo tanto, de la colectividad. Así lo afirma también de un modo irrefragable la Academia del Instituto de Chile en su Acuerdo sobre Medicamentos y Patentes de 30 de marzo de 1988, cuyo texto conviene reproducir:

“La Academia de Medicina del Instituto de Chile, en cumplimiento de la obligación de ocuparse de los problemas que afectan a la salud individual y pública, se impuso en su sesión del 30 de marzo de las opiniones publicadas en la prensa acerca de las patentes de medicamentos nuevos. Después de analizar detenidamente el asunto, acordó formular la siguiente:

“Declaración”

“El otorgar patente de privilegio exclusivo para la producción y la comercialización de medicamentos eficaces para prevenir, curar o aliviar alguna enfermedad, significa conceder un monopolio que faculta a quien se le otorga para desabastecer a una población del respectivo producto, así como para ofrecerlo en condiciones, de tal manera, que no están al alcance de importantes grupos de población. Ambas situaciones contrarían gravemente uno de los más fundamentales derechos de la persona humana, que consiste en conservar y recuperar su salud utilizando los medios que la ciencia ha descubierto para esos fines”²¹.

Y concordante con este criterio, el Consejo Económico-Social, en reunión ordinaria de 8, 9 y 10 de marzo de 1988, acordó expresar “a los señores Ministros de Relaciones Exteriores, de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Salud Pública, la inquietud de este Consejo por las graves consecuencias que para la salud de la población puede representar el establecimiento de patentes farmacéuticas en el país en la forma en que lo están solicitando los laboratorios farmacéuticos transnacionales”²².

¹⁹ Preparada por LOBO, F., Consultor de UNIDO.

²⁰ Citado en p. 6 en documento recién referido.

²¹ Anexo N° 11, documento citado en nota.

²² Anexo N° 10, del mismo documento.

12. LA LEY QUE PERMITIERE EL OTORGAMIENTO DE PATENTE INDUSTRIAL SOBRE MEDICAMENTOS SERÍA INCONSTITUCIONAL

De acuerdo con todas las consideraciones precedentes, al impedir la ley actual el privilegio de la patente sobre objetos tan esenciales para la subsistencia y la salud, como son los alimentos y las medicinas, en nada afecta a la propiedad del autor de una invención —que no es la que recae sobre la patente industrial— y, en cambio, protege adecuadamente el derecho de las personas a esos requerimientos tan imprescindibles para la vida y su preservación. No se puede, pues, objetar su constitucionalidad.

Pero cabría preguntarse: ¿así como el legislador dispuso la prohibición, no podría discrecionalmente levantarla?

La respuesta se vincula directamente con el límite a que en todo ordenamiento jurídico se halla sometida la ley y que consiste en su subordinación a los principios y normas contenidos en la Carta Fundamental. “Los órganos del Estado (dice el Art. 6º de la Carta vigente, y el legislador lo es) deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. La ley es una norma que debe ser dictada conforme a la Constitución y el órgano legislativo está sometido en su acción a sus principios y mandatos. La derogación o eliminación del precepto legal prohibitivo de la patente de medicamentos sólo podría ser admisible jurídicamente si en nada se opusiere al sistema normativo constitucional.

Como antes se ha dejado dicho, son la salud de las personas y la salud pública las que están comprometidas en una decisión legislativa sobre patentes farmacéuticas y es a este respecto donde hay que verificar cuáles son los principios básicos y los preceptos constitucionales que protegen ese valor tan esencial.

Conviene, en primer término, recordar cómo la Constitución de 1925 regulaba la materia.

En el capítulo sobre las garantías constitucionales, en el N° 14 de su Art. 10, consagró esa Carta “como deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país” y ordenó que se mantuviera “un servicio nacional de salubridad”. Acogió así lo sugerido por el técnico sanitario contratado a la sazón por el Gobierno²³; y esta declaración de principios ha inspirado diversas normas constitucionales y originado textos legales tendientes a darle cumplimiento. Valga señalar, por ejemplo, el inciso 3º del mismo número 14, que prohíbe los trabajos e industrias que se opongan “a la salubridad pública”; el N° 10 del Art. 10, que, al consagrar el derecho de propiedad, permite a la ley imponer a su ejercicio las obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor “de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”; el Código Sanitario que, en aplicación del deber constitucional del Estado, señala las obligaciones y las sanciones que pueden recaer en las infracciones respectivas, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias; la ley 6.174, sobre medicina preventiva para empleados y obreros; la ley 10.383, que creó el Servicio Nacional de Salud, que por medio de acciones sanitarias y de asistencia social y de atenciones médicas preventivas y curativas quedó encargado de la protección de la salud.

Ahora bien, la Constitución vigente, de 1980, no eliminó de su texto el principio según el cual cumple al Estado el deber de velar por la salud pública; no podría haberlo hecho sin ponerse en contradicción con las bases institucionales

²³ ASB, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, pp. 312-313.

en que hace descansar todo su sistema normativo. Por eso, en concordancia con estos valores fundamentales, reconoció como uno de los derechos inherentes a la persona humana, que la Carta Política asegura en su Art. 19, "el derecho a la protección de la salud" (Nº 9).

Este derecho, obviamente, está asegurado "a todas las personas", como reza el encabezamiento del citado Art. 19, y pueden ejercerlo frente a quienquiera que pretenda perturbarlo. Pero, naturalmente, en cumplimiento de su finalidad de promover el bien común, es deber del Estado garantizar aquel derecho. Dentro de esta finalidad se menciona especialmente en el respectivo texto constitucional el deber del Estado de proteger "el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo"; la coordinación y control de esas acciones, y su "deber preferente de garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas", en la forma que la ley determine.

El texto corresponde plenamente a las ideas centrales que inspiraron el debate promovido en la Comisión redactora de la Constitución y que dió origen al Nº 9 del Art. 19 de la Carta, acerca del derecho a la salud y el deber del Estado de velar por la salud de la población.

Así, en la página 3 del Acta de la sesión 190, de 17 de mayo de 1976, el Ministro de Salud Pública (a la sazón el Sr. Matthei) declara que "el Estado tiene el deber de velar por la salud de todos los chilenos y de mantener un control técnico en este campo..., que tiene la clara obligación de llevar y promover la salud... y de proporcionar a todos los ciudadanos la posibilidad de recibir una adecuada atención sanitaria". En página 7 el Sr. Ortúzar resume que la garantía es la de "asegurar el derecho a la salud de todas las personas...", "que debe destacar el deber preferente y prioritario del Estado de promover, proteger, restituir y revalidar la salud; y la obligación que también compete a la sociedad e incluso a los particulares en ese mismo sentido...". "Y, en tercer término, las funciones normativas y contralora que corresponden al Estado". Informa, además, sobre la declaración de Derechos y Deberes del Hombre suscrita en Bogotá en el sentido de que: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos políticos y los de la comunidad".

Ratificando más específicamente estos conceptos, en la sesión mencionada (p. 15) expresamos que "En materia de salud, ve, desde luego, que hay algo que corresponde con carácter de monopolio y de exclusivismo al Estado, que es todo lo que los habitantes de la República tienen el derecho de pedir a aquél en la esfera de preservación de la salud. Por ejemplo, el control de los medicamentos o de los alimentos".

En el Acta de la sesión 192, de 23 de marzo de 1976, se lee el oficio del mismo Ministro de Salud, Sr. Matthei, que versa sobre la garantía constitucional relativa a la salud, en donde se define a ésta no sólo como "ausencia de enfermedad", sino con un sentido amplio, abarcando aspecto psicológicos y una clara connotación social, y con un significado positivo para el individuo y la sociedad. Se le da el "carácter de patrimonio nacional, siendo responsabilidad primordial del Estado garantizar el acceso igualitario y libre a las acciones que la procuran".

Se insiste más adelante en la función de control, en especial sobre los medicamentos, en protección de la salud, que corresponde al Estado, pero sin perjuicio de las iniciativas privadas. (Acta 193, p. 11).

El valor salud, en suma, es el que informa el texto que se aprueba y que es el vigente —en congruencia con las bases institucionales— que asegura el derecho de todas las personas a la protección de la salud y el deber preferente del Estado de promover y proteger la salud de la población y garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones que la procuren.

Se dijo ya que el derecho a la protección de la salud de todas las personas, que implica el deber del Estado de asegurarlo y de velar por la salud pública, se inserta en el contexto de los valores y principios inspiradores de todo el sistema normativo de la Constitución vigente, expresamente formulados en su capítulo primero sobre “Bases Institucionales”.

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Así lo afirma el inciso 4º del Art. 1º. Y el inciso 5º agrega: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia...”. Aun el ejercicio de la soberanía (inc. 2º del Art. 5º) “reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

Porque el bien común es el bien del cuerpo social, pero es entonces un bien común de personas humanas; es común al todo y a las partes, sobre las cuales aquél se vuelca y que deben beneficiarse con él, y se desnaturalizaría si no implicara el reconocimiento a los derechos fundamentales como el derecho a la existencia y a la vida, a la integridad personal, a la libertad²⁴, entre los cuales debe encontrarse —así consagrado, como se ha dicho, en el N° 9 del Art. 19 de la Constitución— el derecho a la protección de la salud.

Estos valores y principios constituyen, pues, el cimiento del sistema. Transgredirlos “es la más grave forma de ilegalidad o inconstitucionalidad, conforme al nivel del principio alcanzado, porque representa insurgencia contra todo el sistema, subversión de sus valores fundamentales, ofensa irremediable a su armazón lógica y corrosión de su estructura maestra”²⁵.

Pero, en el caso del derecho a la salud, significaría también la infracción de la norma constitucional expresa que lo asegura.

Ahora bien, si el Estado, por medio de su órgano legislativo, autoriza entregar en privilegio o monopolio de patente industrial un producto farmacéutico o medicamento, está permitiendo, como dice el Instituto de Chile, desabastecer a una población del respectivo producto u ofrecerlo en condiciones de tal manera onerosas que no están al alcance de importantes grupos de población. Es obvio que no promueve así el bien común, ni protege debidamente a la comunidad; tampoco protege el libre acceso a las acciones de promoción y recuperación de la salud, ni garantiza la ejecución de tales acciones; específicamente, vulnera uno de los derechos esenciales de las personas, reconocido expresamente en el N° 9 del Art. 19 de la Carta Fundamental.

²⁴ MARITAIN, Jacques, *Los Derechos del Hombre*, Editorial Dédalo, Bs. Aires, 1961, p. 24.

²⁵ BANDEIRA DE MELO, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*”. Anuario de Derecho Administrativo, N° 1, 1975, p. 446.

Las siguientes reflexiones confirman cuanto se acaba de formular.

El derecho de propiedad industrial que nace de una patente ya otorgada, queda expuesto a someterse a las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de toda propiedad que, entre otros valores, comprende cuanto exija la salubridad pública, según lo dispone el N° 25, en relación con el N° 24 del Art. 19 de la Constitución. Por eso el legislador actúa con plena sujeción al ordenamiento jurídico constitucional, y por cierto, con lógica y coherencia, al prohibir la concesión de la patente sobre los medicamentos, respetando así el mismo principio de protección del derecho a la salud de todas las personas, y por eso, también el legislador que permitiera el otorgamiento de este privilegio o monopolio sobre tan esencial elemento se pondría en pugna con la superior normativa de la Carta Fundamental.

Sería también el caso de una patente industrial sobre una invención que, después de otorgada, resultara ser contraria a la seguridad del Estado, puesto que la función social comprende cuanto sea exigido por la seguridad nacional. Este derecho tendría que ser sometido a limitaciones u obligaciones por el legislador y aún —como asimismo en el caso de patentes que se hicieren inconciliables con la salubridad pública— podría ser procedente a su respecto la expropiación, previos la calificación y demás resguardos constitucionales. Por eso, la ley de propiedad industrial prohíbe la concesión de patentes sobre los inventos contrarios a la seguridad del Estado, y si otra ley la permitiere atentaría contra uno de los valores que la Constitución resguarda.

Tratándose de los medicamentos, sin embargo, existe además la norma constitucional expresa de protección del derecho a la salud de todas las personas.

13. EVENTUAL RETROACTIVIDAD DE LA SUPRESIÓN

Finalmente, si un eventual proyecto para autorizar la obtención de patente sobre preparaciones farmacéuticas o medicamentos dispusiere —como algunas informaciones confiables lo prevén— que el beneficio o privilegio monopólico fuera aún eficaz en un tiempo anterior al de la vigencia de la nueva ley, esto es, retroactivamente, la inconstitucionalidad se agravaría con un precepto semejante.

Actualmente, hay libertad en la producción y comercio de tales elementos y en el libre juego de este tráfico han podido crear derechos que legítimamente se habrán incorporado al patrimonio de sus titulares. El régimen de la patente industrial, que otorga exclusividad sobre ese tráfico, al ser conferida retroactivamente trastornaría, pues, las situaciones y derechos nacidos al amparo de la legislación ahora en vigor.

Es sabido que el imperio de una ley retroactiva, esto es, con efectos anteriores a su promulgación y publicación, no puede imponerse a afectar el derecho de propiedad sobre cualquier clase de bienes corporales e incorporeales, de acuerdo con la garantía reconocida por el N° 24 del Art. 19 de la Constitución y asegurada aún más, esencialmente, por el N° 26 del mismo precepto constitucional.

Por otra parte, cabe observar que si el reconocimiento retroactivo de patentes sobre medicamentos comprendiera productos cuya necesidad e importancia para el valor salud explicara un acuerdo de expropiación de las patentes correspondientes, ello generaría complejos problemas y la posibilidad de muy fuertes indemnizaciones que gravarían el presupuesto nacional.

14. CONCLUSIONES

1. La ley entrega al legislador regular el régimen de otorgamiento de patentes de invención y ella, por lo tanto, está autorizada para prohibir la concesión de algunas y para precisar las condiciones en que otras pueden ser otorgadas.

2. La letra a) del Art. 5º del D.L. 958 sobre propiedad industrial se ajusta a la letra y al espíritu de la Constitución de 1980.

3. La supresión del precepto mencionado que permitiere el otorgamiento de patentes de invención respecto de los medicamentos y preparaciones farmacéuticas, se opondría, a la inversa, al texto y a los valores señalados en la actual ley fundamental.

4. Si la supresión a que se refiere el número precedente se ordenare con efecto retroactivo, pugnaría, además, con la Constitución Política en cuanto afectare los derechos adquiridos con anterioridad a su promulgación.

Santiago, mayo 15 de 1989.