



Reinvindicando a los piratas: ¿Es la propiedad intelectual un robo

ALFREDO BULLARD G.

Sumario: I. XXX. II. XXX

Las películas suelen mostrarnos a los piratas como seres desalmados, que atacaban barcos indefensos para robarles su carga. Bajo la célebre bandera negra con una calavera y dos huesos cruzados, los piratas son los malos de la película. La misma imagen de la calavera y huesos es usada hoy para criticar y combatir la forma de piratería moderna: la violación de los derechos de propiedad intelectual.

Pero hay otra lectura en las historias de piratas. En ella los piratas eran empresarios privados que combatían el sistema económico imperante en la época, el mercantilismo, en el cual la riqueza no era consecuencia del esfuerzo privado, sino de la repartición de privilegios, por parte del Estado, a algunos grupos con capacidad de influir, en especial entregándoles las riquezas de las colonias conquistadas. Los piratas, bajo esta perspectiva, no robaban, sino que reivindicaban lo que había sido otorgado injustamente y sin merecimiento, buscando abrir caminos al mercado y a las libertades económicas.

Como veremos, quizás hay algo de esta segunda interpretación en el caso de la piratería referida a la propiedad intelectual. Quizás estos piratas también estén reivindicando algo que ha sido otorgado como un privilegio por el Estado y que no debió ser entregado a particulares, al menos de la manera y con la extensión con la que se entregó.

Marx decía que la propiedad era robo. En la visión marxista de la realidad, ser dueño de algo es habérselo quitado a alguien. Hoy son pocos los que suscribirían esa frase.

Sabemos que la propiedad es una institución central para el desarrollo de mercados y para el funcionamiento de cualquier economía razonablemente estructurada.

Un simple traslado de esta idea hacia el concepto de Propiedad Intelectual (en adelante PI) nos lleva a formular otra aparente verdad de Perogrullo: la propiedad intelectual es tan buena para el funcionamiento del sistema económico, como lo es la propiedad sobre bienes tangibles. El razonamiento parece bastante simple. Si es bueno tener propiedad sobre bienes tangibles o materiales, generando los incentivos adecuados para su provisión suficiente y su uso adecuado, es bueno tener propiedad sobre bienes intangibles o inmateriales por la misma razón. En pocas palabras, si es falsa la interpretación marxista de que la propiedad sobre bienes materiales sea un robo, también lo es que sea robo la propiedad sobre bienes inmateriales.

Sin embargo, como veremos en este artículo, la conclusión no es tan sencilla como parece. La base conceptual para justificar la existencia de titularidades exclusivas sobre bienes que podemos tocar no es trasladable a la existencia de titularidades exclusivas sobre ideas. Ni los incentivos económicos, ni la estructura legal es la misma. De hecho, es muy cuestionable que la PI merezca ser llamada propiedad. Sus fundamentos son, en el mejor de los casos, bastante dudosos y cuestionables, y su existencia, en todo caso, justifica una limitación seria a los alcances que actualmente se le concede. En ese sentido quizás Marx hubiera tenido una frase más feliz y con mayor vigencia, si se hubiera limitado a decir que la PI era robo.

A fin de analizar la justificación de la existencia de la PI recurriremos a las herramientas que nos da el Análisis Económico del Derecho, tratando de entender cuál es la función económica que podría encontrarse detrás de esta figura, y si dicha función económica merece tutela o no.

Esta discusión, aparentemente académica, tiene implicancias prácticas importantes. En un contexto en el que el Perú entra a negociar acuerdos de libre comercio, y en especial entra a negociar un tratado de libre comercio con los Estados Unidos, es importante tener claro qué tan cierto es la afirmación de que la PI es indispensable para el desarrollo económico y que su no reconocimiento, o incluso su limitación, constituyen un acto que linda con el salvajismo o la ausencia de civilización. El uso de la palabra «piratas» pretende colocar a ciertos países al borde de la barbarie, pero siempre hay dos lados en toda historia y algunos consideran que los piratas históricamente estuvieron en el lado correcto combatiendo el mercantilismo español. ¿No estaremos frente a un fenómeno similar?

En todo caso debemos ser conscientes de los posibles costos que impondrá el reforzar nuestros ya fuertes regímenes de protección a la PI como consecuencia de las exigencias de los países desarrollados. Debemos también ser conscientes de cómo gran parte de los argumentos que se usan para exigirnos mayor protección son bastante ambiguos y de muy dudosa validez.

Lamentablemente, la discusión local sobre este tema es bastante escasa. Las voces que se han levantado para limitar la propiedad intelectual usan una suerte de argumento anti-imperialista («es un sistema impuesto por los países desarrollados para explotar a los subdesarrollados») que equivoca el enfoque. Creo que el tema es aún mucho más grave

pues la PI tienen los mismos problemas para los países desarrollados que para los que no lo son. La PI podría estar dañando tanto a los consumidores de Estados Unidos como a los consumidores del Perú, y quizás más a los primeros porque su vigencia es mucho mayor en los países desarrollados.

Este trabajo no se animará a sugerir que la PI debe ser eliminada, aunque debo confesar que tengo serias dudas acerca de que sus bondades justifiquen la existencia de ciertas formas de ella. Sin embargo, sí estoy convencido de que los niveles de protección que actualmente los estándares internacionales y el régimen legal peruano conceden, son excesivos en varios campos, en especial en los derechos de autor y en las patentes.

Quizás el título de este trabajo sea una exageración orientada a motivar curiosidad y la lectura de este artículo. Sin embargo, encierra algo de cierto, en mi opinión. A diferencia de la propiedad física, en la que cada quien adquiere un control sobre lo suyo, en la propiedad intelectual se adquiere una suerte de control sobre lo que es de otros, y al hacerlo se esta privando a esos otros de algo que les corresponde. Eso, en términos generales, guarda diversas semejanzas con un acto de apropiación de lo ajeno, con lo que serían los «piratas» quienes defienden lo propio y los titulares de PI quienes pretenden tomar lo que no es suyo.

1. ¿ES LA PI ASIMILABLE A LA PROPIEDAD SOBRE BIENES TANGIBLES?

El concepto de PI suele ser tratado como una simple derivación de la propiedad civil. Se llega a conceptualizar como la propiedad civil sobre los intangibles. Tanto así, que el propio Código Civil peruano incluye en el libro de reales a los derechos intelectuales como bienes, y por tanto los hace susceptibles de propiedad,¹ aunque también reconoce que están sujetos a una legislación especial.²

El propio régimen legal hace importantes diferencias. Por ejemplo, una bastante notoria es que mientras la propiedad civil es perpetua, los derechos patrimoniales de PI no lo son, con la excepción de los signos distintivos (marcas, lemas comerciales, nombres comerciales, siempre que se usen y se renueve oportunamente el registro). Así los derechos patrimoniales de autor pasan a ser del dominio público, es decir libremente utilizables por todos, 70 años después de la muerte del autor.³ Hoy, los descendientes de Cervantes no pueden cobrar derecho alguno por la publicación del Quijote. Cualquiera que lo desee puede publicar dicha obra sin buscar autorización de nadie. Por otra parte, las patentes pasan al dominio público a los 20 años de su inscripción⁴.

1. Así, el artículo 886 del Código Civil señala: «Son muebles: (...) 6.- Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares (...)»

2. «Artículo 884.- Régimen legal de propiedades incorporales
Las propiedades incorporales se rigen por su legislación especial».

3. Ley sobre el Derecho de Autor, Artículo 52: «El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra, y se transmite por causa de muerte de acuerdo a las disposiciones del Código Civil».

4. Decreto Legislativo No. 823. «Artículo 60.- La patente tendrá un plazo de duración de veinte años, contados a partir de la fecha de presentación de la respectiva solicitud, luego de los cuales, la invención será de dominio público».

Esto quiere decir que vencidos esos plazos, se vuelven bienes comunes o «de uso público» y que cualquiera que lo desee puede usarlos, incluso sin permiso del titular de los derechos morales; siempre, claro está, que los derechos morales sean respetados. Así, los derechos morales, si bien distintos a la propiedad clásica en el hecho de que no son disponibles y que se asemejan más a los derechos de la personalidad, tienen de la propiedad clásica su carácter perpetuo, aunque es, evidentemente, una perpetuidad de otra naturaleza. En cambio, los derechos patrimoniales se diferencian de la propiedad clásica por su carácter netamente temporal, pero se asemejan en su carácter disponible por el titular. Éste curioso conjunto de diferencias, explica porqué no es sencillo aplicar las normas civiles a estas formas de «propiedad», lo que se manifiesta en la existencia de regímenes legales distintos.

En cualquier caso, ¿Qué explican estas diferencias? ¿Por qué no construimos las propiedades intelectuales siempre bajo los mismos esquemas de la propiedad clásica? ¿Por qué no otorgamos patentes o derechos de autor perpetuos? ¿Es decir que se mantienen como propiedad privada para siempre, como ocurre con una casa o con un automóvil?

Las razones se encuentran en la distinta función económica que cumplen estos derechos. La propiedad civil clásica, o propiedad privada, aparece cuando se cumplen dos requisitos desde el punto de vista económico. El primero, es el llamado consumo rival, es decir, la imposibilidad de que el mismo bien pueda ser consumido por dos personas al mismo tiempo. Por ejemplo, la misma manzana no puede ser consumida por dos individuos simultáneamente o el mismo automóvil ser usado para ir a dos lugares diferentes y opuestos en el mismo instante. Rivalidad quiere decir que un acto de consumo excluye otro acto de consumo.

En cambio, el aire sí puede ser respirado simultáneamente por varias personas al mismo tiempo. En consecuencia, su consumo es no rival. Que yo respire no impide a otros hacer lo mismo. Otro ejemplo es la seguridad pública. Si colocamos un policía en una esquina, dando seguridad a los vecinos de una cuadra, la seguridad de uno de ellos no excluye la seguridad a los demás. La presencia del policía desincentiva que se roben los hogares de toda la cuadra, porque darle seguridad a un vecino significa que los demás quedaran incluidos en la misma seguridad.

Si analizamos el mundo, descubrimos que lo usual es que exista propiedad civil sólo sobre los bienes de consumo rival. Pero ésa es sólo una de las coordenadas que explican la definición de los derechos de propiedad. La segunda se refiere a la existencia de costos de exclusión. Establecer derechos de exclusión esenciales para el funcionamiento de la propiedad, puede ser algo muy costoso y lo es más para determinados bienes. Por ejemplo, es costoso excluir a los demás del uso del aire, lo que también explica su carácter de bien de uso público. Nuevamente, los costos de exclusión suelen ser bajos en los típicos bienes sujetos a la propiedad clásica, como una casa o un libro. Lo que ocurre es que, en los bienes que pueden ser identificados y que tienen un límite físico identificable, crear mecanismos de exclusión como registros, acciones judiciales y defensa posesoria, es relativamente sencillo. Pero si nos referimos a un banco de peces en el mar, la movilidad del mismo hace muy difícil que alguien que pretende ser propietario de una sardina nadando en el mar pueda conseguir que ésta no sea pescada por un tercero.

Usualmente concedemos derechos de titularidad privada exclusiva para aquellos bienes que, teniendo consumo rival, tienen bajos costos de exclusión. Ello ocurre con una casa o un automóvil. Por el contrario, consideramos que un bien con consumo no rival y altos costos de exclusión es un bien que debe ser público, y que por tanto, no debería ser objeto de titularidades exclusivas. Ello ocurre, por ejemplo, con la seguridad pública, donde el consumo es no rival y los costos de excluir a alguien de tal seguridad es alto. Las calles podrían ser otro ejemplo, pues todos podemos usarlas a la vez, y excluir de su uso a quienes no pagan por ellas es bastante costoso.⁵

Sin embargo, las características de rivalidad y bajos costos de exclusión pueden no darse juntas. Por ejemplo, en los bancos de peces, el consumo es rival, pues si uno se come un pez, el mismo no puede ser comido por otro. Pero dado que los bancos de peces se mueven por el océano, e identificar qué pez individual es de quién es muy costoso, el resultado es que, en principio, no hay propietarios de los peces. Por ello, para evitar la sobrepesca usamos mecanismos alternativos a la propiedad como vedas o la asignación de cuotas de pesca.

En términos generales, la PI -en especial los derechos de autor y las patentes de invención, y en menor medida los signos distintivos- no cumple con estas dos características señaladas, especialmente como consecuencia de su carácter incorporeal o inmaterial.

Nótese que los derechos de autor y las patentes no tienen consumo rival, algo que es común a un bien que los involucra: la información. Uno puede leer la misma obra de Vargas Llosa, sin que en ese momento otra persona (en realidad miles o millones de personas) pueda leerla exactamente al mismo tiempo. No confundamos la obra con el libro que lo contiene. El libro es un bien material y como tal no puede ser usado por dos al mismo tiempo. El libro físicamente tiene consumo rival y bajos costos de exclusión. Por eso, sí hay propiedad privada de naturaleza civil, sobre el soporte físico del libro que contiene la idea, como ocurre con un cuadro, un disco con música o una estatua. Pero, sobre las ideas contenidas en la obra, las que le dan forma y valor, no existe consumo rival y hay costos de exclusión altos. El resultado final es que el uso del derecho de autor no excluye el uso de otros, y es costoso poner en vigencia mecanismos para que dicha exclusión llegue a funcionar. Lo mismo pasa con una patente. La fórmula de un medicamento podría ser usada por varios al mismo tiempo, sin que unos excluyan a otros. Si se descubriera la cura del SIDA varios podrían fabricar ese medicamento al mismo tiempo, sin que ello excluya el uso de la idea por quien la concibió.

Incluso los costos de exclusión han venido aumentando con la aparición de nuevas tecnologías que permiten copiar más fácilmente. Las fotocopiadoras, los reproductores y

5. Esto es, sin embargo, relativo. La congestión de las calles a ciertas horas de mayor tráfico convierten en rival su consumo, pues no es posible que transiten por las mismas infinito número de carros. Por otro lado ciertas vías públicas tienen costos de exclusión relativamente bajos, como las carreteras, donde basta construir una caseta de peaje para que se excluya de su uso a quienes no paguen.

grabadoras de música, los VHS y otros aparatos similares y de bajo costo, hacen que copiar este al alcance de cualquiera.

Hoy existen tecnologías que hacen virtualmente imposible delimitar un derecho de propiedad de manera clara, sobre ciertos bienes como el software o la biotecnología. Definir límites sobre estos bienes, es muchas veces una mera ilusión.

Por otra parte Kinsella sugiere un ejemplo muy didáctico para explicar el carácter no rival de la PI, y por qué ésta no responde al problema que explica la existencia de la propiedad tangible. Señala que si estuviéramos en el Jardín del Edén donde los bienes y la tierra fueran infinitamente abundantes, no habría escasez y por tanto no sería necesaria la existencia de reglas de propiedad. La propiedad no significaría nada. Si alguien tuviera una podadora de pasto, ésta se «clonaría» automáticamente cuando otro la tocara. Obtener una podadora en estas circunstancias no podría ser considerado un robo. La propiedad no se aplica a cosas infinitamente abundantes porque no surge conflicto en su uso. Ello ocurre con la PI, la que se comporta como una podadora mágica que se reproduce con un simple toque de la mano. En ese contexto, la exclusividad es innecesaria.⁶

Cuando uno identifica un bien sin consumo rival y con altos costos de exclusión, el uso público parece la mejor alternativa. Más gente se culturizará si se le deja leer a Vargas Llosa, y más gente se curará si puede ser atendida con un medicamento fabricado por un sinnúmero de laboratorios al mismo tiempo. Todo ello, sin impedir al autor o al inventor usar también su obra o invento. Así, el uso por otro no priva de su uso propio al titular.

Por otra parte, los costos de exclusión en la PI suelen ser muy altos. Ello es consecuencia precisamente de su carácter incorporeal. Si quiero defender mi casa, basta construir una cerca. Para desposeerme de mi televisor deben entrar a mi casa, y siempre puedo recuperar mi cartera arranchándola al ladrón. Pero con la PI ello no es tan sencillo. Basta recordar un poema para recitarlo, una canción para cantarla y hacer una fotocopia para leer un libro. Basta conocer la fórmula de una droga para fabricarla. Es un tipo de derecho que puede ser reproducido al infinito y por tanto el control sobre el mismo es realmente difícil.⁷

El resultado es que en la PI el bien objeto de protección es el resultado del paradigma precisamente contrario al de la propiedad clásica: consumo no rival y altos costos de exclusión. La conclusión natural, debería ser entonces, considerarla como un bien público.

Si es así ¿por qué protegemos la propiedad intelectual como un derecho de exclusiva? La respuesta que solemos dar es muy sencilla: lo hacemos para incentivar la creatividad. Para ello, creamos una especie de «propiedad artificial» pues no reúne los requi-

6. Kinsella, N. Stephan. «Against Intellectual Property.» Publicado originalmente en *Journal of Libertarian Studies*, Volume 15, no. 2 (Spring 2001): 1–53 2001 Ludwig von Mises Institute www.mises.org. (Agosto 4, 2004)

7. Ello ocurre porque la información, como el agua, tiende a fluir y es difícil evitar que se escape. Así también es difícil establecer leyes de aguas porque los costos de exclusión son muy altos por la naturaleza física del líquido.

sitos clásicos de la propiedad. Así, vamos contra la lógica económica que marca la naturaleza de las cosas para crear incentivos, para que las personas inviertan tiempo y recursos en generar creaciones útiles para todos. Se fuerza un derecho de exclusiva, costoso de ejecutar y difícil de poner en práctica, sólo para crear esos incentivos.

Bajo esta idea se protege la obra de Vargas Llosa para motivarlo a escribir, la de Charlie García para motivarlo a componer música y la de Szyszlo para motivarlo a pintar. Por ello, asumimos los inmensos costos de poner en vigencia este tipo de derechos y aceptamos que, al menos por un tiempo, estos derechos sean privados (creando lo que para algunos es, como veremos, un monopolio o privilegio) a pesar que su mejor uso, desde el punto de visto social, es el uso público.

Este problema de la inexistencia de rivalidad y existencia de altos costos de exclusión en la PI no es algo recientemente advertido. Ya Tomas Jefferson, quien fue contrario al reconocimiento de las patentes, había anotado, al menos en parte, el problema:

«Si la naturaleza ha hecho una cosa menos susceptible de propiedad exclusiva que todas las demás, ésa es la obra de la facultad de pensar, llamada idea, que el individuo puede poseer exclusivamente mientras la guarde para sí; pero en el momento que se divulga, pasa por fuerza a ser posesión de todos, y quien la recibe no puede desprenderse de ella. Su carácter particular consiste también en que nadie la posee menos porque todos los demás la posean en su totalidad. Aquel que recibe conocimientos de mí, recibe conocimientos él sin disminuir los míos; así como quien enciende su vela en la mía recibe luz sin dejarme a oscuras. Que las ideas se difundan de uno a otro por todo el globo, para instrucción recíproca y moral del hombre, y para mejorar sus condiciones, parece haber sido el designio peculiar y benévolo de la naturaleza, cuando las creó, como el fuego, expansibles por todo el espacio, sin que disminuya su intensidad en ningún momento (....) Los inventos, entonces, no pueden, por naturaleza, ser objeto de propiedad»⁸

La rivalidad esta relacionada a la idea de escasez. Lo que hace que un bien tenga consumo rival, es justamente que su escasez hace imposible su uso simultáneo. Se asigna propiedad sobre bienes escasos para generar un mejor uso de los mismos. En los bienes físicos, la escasez es un presupuesto de la existencia de la propiedad. Pero en la PI ocurre exactamente lo contrario. Antes de la asignación de un derecho de PI, el bien era suficientemente abundante para poder ser usado en distintos usos alternativos. Es la PI la que convierte el bien en escaso, mientras que en la propiedad sobre bienes tangibles, es la escasez la que hace aparecer el derecho de propiedad. Como bien anota Cole:

«Es difícil justificar los derechos de propiedad intelectual bajo este concepto de propiedad, ya que estos no surgen de la escasez de los objetos apropiados, más bien,

8. Carta a Isaac McPherson, Agosto 13, 1813" (Peterson, 1988, pp. 604-05), citado por Cole, Julio. PATENTES Y COPYRIGHTS: COSTOS Y BENEFICIOS» Publicado originalmente en *Libertas*, No. 36 (Mayo 2002): 103-42. www.economia.ufm.edu. (Agosto 4, 2004)

su propósito es crear una escasez, para de este modo generar una renta monopólica para los tenedores del derecho: aquí la ley no protege la propiedad de un bien escaso, sino que la «escasez» es creada por la misma ley (y dicha escasez «artificial» es precisamente la fuente de las rentas monopólicas que confieren valor a dichos derechos). La gran diferencia entre las patentes (y copyrights) y los títulos de propiedad sobre bienes tangibles, es que estos últimos serán escasos incluso aunque no haya derechos de propiedad definidos, mientras que en el caso de patentes y copyrights la escasez sólo existe después de definir el derecho de propiedad.»⁹

Esto explica porqué tenemos que sujetar este tipo de derechos a normas distintas a las del Código Civil, tal como lo establece el artículo 884. Explica además, porqué no pueden ser derechos perpetuos. Si la idea no es proteger en sí mismo un bien sin consumo rival, sino los incentivos para crear, no es necesario darle al creador un monopolio o privilegio perpetuo sobre su idea, basta darle los incentivos para crear. Vencido el plazo, el bien pasa a dominio público, donde conseguirá el uso más deseable desde el punto de vista social-económico, es decir, el uso libre por todos.

La excepción sirve justo para confirmar la regla. Las marcas y demás signos distintivos tienen protección perpetua, siempre que uno los use y, en el caso de las marcas, cumpla con registrarlas y renovar el registro. La razón es obvia: las marcas sí tienen consumo rival. Dado que su función económica es distinguir unos productos de otros, si se permitiera el uso simultáneo de las mismas por diversas personas, no cumplirían su rol. Si varios usaran la palabra Coca Cola para distinguir bebidas gaseosas, se produciría una tremenda confusión en el mercado y los incentivos de los productores para mejorar sus productos y prestigiarlos se diluiría, pues una vez conseguido su objetivo, otros podrían copiar la marca sin problema. En realidad, lo que ocurre es que las marcas y signos distintivos en general son una ingeniosa figura legal para conceder una titularidad sobre el prestigio de un producto. Pero, para ser distintiva, el uso del elemento de identificación (la marca misma) debe ser exclusivo, lo que explica el carácter rival de su uso.

El carácter perpetuo de la propiedad clásica se inspira precisamente en la creación de incentivos a invertir o usar razonablemente. Si todos tienen acceso a un terreno agrícola y lo pueden usar libremente, nadie tendría incentivos para invertir en explotarlo pues los demás vendrían y se llevarían la cosecha al no poder ser excluidos. Por otra parte, el hecho de que cualquiera lo puede usar, generaría una sobre explotación del bien. El terreno sería usado por demasiados al mismo tiempo. Esos problemas se corrigen creando propiedad privada sobre los bienes que tienen consumo rival, como el terreno agrícola. Las marcas, en ese sentido, se asemejan más a un terreno que a un derecho de autor, y ello explica su diferente tratamiento, y por tanto, las marcas no generan la controversia que pueden generar las patentes o los derechos de autor.

Esto, como acertadamente señala Cole, genera diferencias en el tratamiento legal:

9. Cole, Julio «Patentes: Costos y Beneficios.» www.economia.ufm.edu. (Agosto 4, 2004)

«La diferencia entre una marca y una patente es que la marca identifica el origen de una mercancía, pero no prohíbe la fabricación de productos similares (o incluso idénticos), y por tanto no tiene el carácter monopólico de la patente: Si decido fabricar y vender whisky marca «Chivas Regal,» estaría violando la ley, pero eso no quiere decir que no puedo fabricar y vender whisky, siempre que no le ponga una marca registrada que no sea de mi propiedad. La existencia de una patente, en cambio, me impide producir y vender el artículo patentado. Por esto, muchas personas que aceptarían de buen agrado la protección de marcas comerciales como algo perfectamente legítimo y de vital importancia en una economía capitalista moderna, podrían no obstante oponerse a las patentes por constituir privilegios monopólicos.»¹⁰

Esta discusión nos conduce justamente a la cuestión de porqué copiar una obra o usar sin autorización una patente es distinto a robar. Si entro por la ventana de mi vecino y me llevo su televisor, yo tengo donde ver mi programa favorito, a consecuencia de que mi vecino ya no puede verlo. Lo he privado de su propiedad. Pero si copio la canción de un autor, si bien yo puedo escucharla y reproducirla, el autor no deja de poder utilizarla. No ha sido privado de ella. No he entrado a su esfera para quitarle nada. Por el contrario, la existencia de un derecho de autor le concede la capacidad de controlar a quien quiere usarla sin afectarlo en lo más mínimo. Así, «piratear» no es robar, porque en estricto no le estás robando nada a nadie, no le estás privando de poder usar lo que tiene.

2. LA PRODUCCIÓN DE INFORMACIÓN COMO BIEN PÚBLICO.

La pregunta que surge de inmediato de la constatación de que el tipo de información que suele ser protegida por las patentes y los derechos de autor constituyen un bien público, es cuál es la consecuencia de ello y cómo ello puede o no justificar la existencia de la PI.

Usualmente, los bienes privados son producidos por el mercado, a través de la ley de la oferta y demanda. Se producen automóviles porque los fabricantes saben que los consumidores los desean, pero saben también que una vez producidos estos consumidores pueden excluir a los otros de su uso. Solo los consumidores dispuestos a pagar por el derecho de exclusividad recibirán el automóvil que desean. Y finalmente, el consumidor adquiere el auto porque sabe que podrá excluir a los demás de usarlo. Si el consumidor que adquiere el auto tuviera que compartirlo con todos sus vecinos (es decir no pudiera excluirlos) no lo compraría y por tanto no se producirían estos bienes.

Con los bienes públicos eso no ocurre. Si deseo seguridad en mi barrio para que no me asalten en la calle, puedo contratar un policía privado. Pero, como vimos, la seguridad pública tiene consumo no rival y altos costos de exclusión. Al prevenir el delito en la cuadra, éste beneficia a todos los vecinos y no sólo al que paga por el policía. A su vez,

10. Ibid, loc cit.

los costos de exclusión son altos, pues es difícil que este policía privado anuncie a los ladrones que sólo los apresará si pretenden asaltar a un vecino distinto a aquel que está pagando por sus servicios. Su simple presencia ya desincentiva robos para todos. Como ello ocurre, la ley de la oferta y demanda no producirá, en principio, los niveles de seguridad requerida. ¿Por qué haría una persona el gasto total de tener un policía si los beneficios de su inversión van a todos? ¿Por qué no esperar estratégicamente que otro contrate al policía y simplemente recibir el beneficio sin pagar nada? El resultado sería que el mercado no va a producir policías, y por tanto, el Estado debe cobrar impuestos a los ciudadanos para financiar la seguridad pública necesaria.

Bajo este modelo teórico, si dejamos al mercado actuar no habrá bienes públicos suficientes. ¿Por qué construir calles que otros van a usar? ¿Por qué generar gobernabilidad o infraestructura básica a mi costa y en beneficio del resto de la sociedad? ¿Por qué pagar al jardinero que cuida un parque público si su trabajo beneficia a todos los ciudadanos?

Como el lector podrá percibir, ése es el mismo razonamiento que se encuentra detrás de la necesidad de crear incentivos para que haya propiedad intelectual. ¿Por qué se embarcaría un escritor en usar su imaginación para entregarnos una interesante novela, si ésta, al ser un bien público, puede ser usada por otros gratuitamente? ¿Por qué tener en una empresa un departamento de investigación tecnológica, si los nuevos inventos van a ser de todos?

Este carácter de bien público es esencial a muchas formas de información que, como vimos, no tienen consumo rival y cuentan con costos de exclusión altos. Por ello, una vez producida y difundida, todos se benefician de ella. Una primera solución a este dilema es que el Estado cobre impuestos y produzca la información necesaria. De hecho, ello suele ocurrir y no es inusual ver al Estado involucrado en la producción de cultura o tecnología, por medio de instituciones públicas o subsidios. No es por ello extraño que, la tecnología que permitió la llegada del hombre a la luna, haya sido consecuencia de recursos recaudados principalmente con impuestos, o que sea común encontrar museos públicos o que reciben importantes subsidios del Estado.

Una forma alternativa a la inversión estatal es conceder una suerte de privilegio a quien crea un bien público. De hecho, las patentes o los derechos de autor tienen una gran semejanza con las concesiones, en las cuales se permite a un particular cobrar por la explotación de un bien público, en recompensa a su inversión. De esa manera, si tuviste una idea te concedo un privilegio para cobrar por el uso de la misma. Ello sería la justificación de la existencia de propiedad intelectual.¹¹

11. Pero a diferencia de las concesiones donde el Estado suele establecer regulaciones para controlar el poder del concesionario, en particular si se entregan monopolios, ello no ocurre en la propiedad intelectual donde el titular del derecho puede fijar el precio que desee, pudiendo ejercer efectivamente el poder monopólico que se le concede.

Pero este modelo teórico es desmentido por la realidad. La PI no es el único caso de información pública que es producida privadamente, y lo curioso es que esa producción se da al margen de la entrega de un derecho exclusivo. Me atrevería a decir que son los privados, interactuando entre ellos, los que generan los mayores volúmenes de información pública sin que sea necesaria la entrega de un privilegio a los que la producen.

Un primer ejemplo, anotado por Pasquel,¹² es el de las noticias. Así, todos los días nos enteramos de lo que pasa en el mundo por la televisión, la radio, los periódicos y revistas. Las empresas a cargo de esos medios invierten una buena cantidad de recursos en obtener, procesar y hacernos llegar esa información, a pesar de que son conscientes que no pueden excluir a otros de reproducirla y distribuirla. Más allá del mérito de la primicia, todos pueden aprovecharse y ser «free riders» del esfuerzo ajeno. A veces, nos venden esa información y los consumidores pagamos por ella por la forma como es presentada, por la cantidad de primicias que tiene, por la verosimilitud que genera o porque nos gusta la diagramación del diario o el aspecto físico del locutor. Pero sobre la noticia misma, no hay derecho de exclusiva. Incluso, la televisión de señal abierta nos trae noticias todos los días sin cobro alguno, gracias a que ha conseguido auspiciadores que mediante publicidad cubren esos costos. Es así que, curiosamente, se produce un supuesto bien público de manera privada, y sin la existencia de PI sobre las noticias. Claro que se podría armar el argumento de que si los medios tuvieran la titularidad exclusiva sobre las noticias habría más incentivos para investigar y descubrir nueva información. Las empresas periodísticas quizás invertirían en más y mejores recursos para detectar noticias, pero al costo de que una vez identificada la noticia sólo los que paguen por ello podrían conocerla y usarla. Las consecuencias de tal sistema serían devastadoras para que los ciudadanos estemos enterados de qué ocurre en que mundo vivimos. Un monopolio sobre información genera el mismo efecto de un monopolio en cualquier otro bien: menor cantidad producida a precios más altos.

Otro ejemplo interesante, también anotado por Pasquel, citando a David Friedman es el de la fe¹³. Como señala, es común ver programas religiosos en la televisión o se puede acudir a una iglesia a escuchar un sermón que nos informa sobre una determinada creencia, sin pagar por ello y sin que exista una exclusividad sobre la difusión del mensaje. Esto ocurre porque mucha gente está convencida, por su fe o creencias, de que debe contribuir económicamente con quienes difunden este tipo de información, generando externalidades positivas a los demás. Como señala el propio Pasquel:

«La misma existencia de las grandes religiones es una prueba de que la fe no solo mueve montañas, sino que también produce bienes públicos. La presencia de enor-

12. Pasquel Rodríguez, Enrique. «¿No era la Necesidad la Madre de la Inventiva? Por qué Eliminar las Patentes, los Derechos de Autor y el Subsidio Estatal a la Producción de Información.» Monografía presentada en la Reunión Anual del ALACDE. Lima, Abril del 2004. Documento no publicado.

13. Ibid, loc cit.

mes organizaciones destinadas a satisfacer las necesidades espirituales de las masas de manera mayoritariamente gratuita, es un bien público. La forma de financiarlas es doble. Por un lado, nuevamente se ha apelado a la fe como un mecanismo para recaudar contribuciones para la causa que los creyentes apoyan. Las religiones se financian en gran medida mediante contribuciones de sus fieles. Por otro lado, algunas iglesias financian varias de sus actividades ofreciendo bienes privados que subsidian los bienes públicos que producen. Por ejemplo, en ciertas ocasiones la iglesia Católica cobra una suma de dinero por las ceremonias donde brinda un sacramento, como es el caso del matrimonio o el bautizo. El dinero recaudado no solo cubre los costos de la ceremonia, sino que se destina a financiar las actividades de difusión del catolicismo y las numerosas obras sociales que realiza.»

De hecho, muchas de éstas organizaciones no sólo no intentan generar exclusividades sobre ésta información, sino que organizan su actividad de manera que su mensaje sea lo más público posible. Esto es consistente con la satisfacción que tienen algunos autores (entre los que me incluyo), de que se fotocopie lo más posible sus obras, y que se sentirían plenamente realizados cuando la misma comience a ser pirateada de manera masiva, porque permitirá difundir sus ideas.

Martin cita como otro ejemplo al lenguaje.¹⁴ Como él señala el lenguaje muestra claramente porqué las ideas deben estar a disposición de todos. El lenguaje de todo tipo puede ser usado libremente por todos y no sólo por quienes lo crean. La invención de una palabra que sirve para comunicarse no concede un uso exclusivo a quien la inventó. Quizás, la única excepción sean justamente las marcas, pero nótese que en ese caso la exclusividad no impide usar la palabra para comunicarse. Un consumidor puede usar la palabra Coca Cola para comunicarse sin pagar por ello, o, incluso, un competidor puede usar la marca de su competencia para incluirla en un anuncio que hace publicidad comparativa. La exclusividad se limita al uso de la marca para identificar productos o servicios.

Pero, quizás el ejemplo más interesante por sus similitudes con algunas formas de PI, sea el conocimiento científico. Los científicos hacen investigaciones y publican sus resultados, asumiendo el costo de su esfuerzo y sin poder excluir buena parte de sus conocimientos del dominio público. No es difícil sostener el argumento que si los científicos pudieran tener más incentivos para investigar, si todo conocimiento que descubrieran pudiera ser protegido por un derecho de exclusiva. Pero a su vez, dicha exclusividad retrasaría el desarrollo de la ciencia, porque lo descubierto por mis antecesores no podría ser usado a bajo costo, lo que dificultaría nuevos descubrimientos. Gracias a Dios, las ideas científicas pueden ser reproducidas, modificadas y reformuladas, sin los problemas que causan las titularidades exclusivas. Como señala Martin¹⁵, ello demuestra que es posible una vigorosa actividad intelectual sin PI, y lo es justamente, porque no existen titularidades exclusivas.

14. Martin, Brian «Against Intellectual Property». www.uow.edu. (5 de Agosto, 2004)

15. Ibid, loc cit

Si se quisiera decir que el descubrimiento científico es diferente a inventar algo nuevo, habría que tener en cuenta que ésta es una distinción bastante imprecisa. La patentabilidad del resultado de investigaciones genéticas muestra que todo invento tiene algo de inventiva y algo de descubrir lo que ya existe en la naturaleza.

En la misma línea, Rand señala que la distinción entre crear y descubrir, no sólo no es clara ni rigurosa, sino que tampoco son claras las razones morales por las que se protege con propiedad una actividad y no la otra. Nadie ha creado la materia. Los inventores sólo la manipulan y estructuran de acuerdo a las leyes físicas. Si un ingeniero inventa una nueva trampa para ratones sólo a juntado y ensamblado partes preexistentes para que desarrollen una función que no había sido desarrollada antes. Otros que conozcan este nuevo desarrollo pueden también hacer una trampa de ratones mejorada. Pero la trampa para ratones sólo sigue las leyes de la naturaleza. El inventor no inventó ni la materia de la que esta hecha la trampa, ni los hechos y leyes aprovechadas para hacerla funcionar. Sólo ha descubierto que, puestos estos elementos de esa manera, funciona en cierto sentido.¹⁶

De manera similar, el descubrimiento de la relación $E=mc^2$ por parte de Einstein, una vez que es conocido por otros, permite manipular la materia de manera más eficiente. Sin el esfuerzo de Einstein, otros estarían en la ignorancia de ciertas relaciones causales en las leyes naturales. Tanto el inventor como el científico teórico, se involucran en un proceso creativo mental que genera ideas nuevas y útiles. Pero uno es recompensado por la PI y el otro no.¹⁷

Como indica Kinsella, uno de los problemas es justamente que la PI protege, de manera discriminatoria y arbitraria, sólo cierto tipo de creaciones. Las ideas científicas, filosóficas o matemáticas no pueden ser protegidas por las reglas vigentes. Sólo se protegerán las aplicaciones prácticas de esas ideas.¹⁸

Todo esto significa que, sin perjuicio de lo que dice el modelo teórico descrito líneas arriba para justificar la PI, existen otras experiencias que demostrarían que no es necesaria la existencia de derechos de exclusiva para producir importantes cantidades de información pública.

Destaquemos que no estamos diciendo que la PI no pueda incentivar una mayor creación en ciertas personas. De hecho, estamos convencidos que es así. Pero, no se puede afirmar que sin PI no habría creación. Por otro lado, la PI genera distintos costos para la sociedad, incluyendo a los consumidores, y puede estar retrasando otros esfuerzos creativos. La pregunta no es, por tanto, si la PI incentiva o no la innovación y la creatividad. La pregunta es si los volúmenes de innovación que incentiva, es decir aquella parte de la innovación que no se produciría si no hubiera PI, justifica los costos sociales que la exclusividad está generando.

16. Kinsella, op cit, loc cit.

17. Ibid, loc cit.

18. Ibid, loc cit.

En los puntos siguientes analizaremos los costos y beneficios de la PI, en particular de las patentes y los derechos de autor, para dar respuesta a estas preguntas.

3. LOS COSTOS DE LA PI.

Antes de evaluar los beneficios que nos trae la propiedad intelectual, en particular las patentes y los derechos de autor, quisiera evaluar los costos que este sistema genera.

3.1. La restricción a la competencia.

El primero de esos costos, y el más evidente, es el asociado con el monopolio que puede crear. Si bien uno puede discutir que no siempre la PI crea un monopolio, no es extraño que esa sea la consecuencia. Es cierto que la titularidad de Vargas Llosa sobre uno de sus libros no le da un monopolio en el mercado de literatura, pues sus libros compiten con la de otros autores, como García Márquez o Bryce Echenique. Lo mismo se puede decir del invento del Betamax que compitió y fue derrotado en dicha competencia por el VHS. Por el contrario, si hay invenciones que crean monopolios. La cura recién descubierta de una enfermedad, creará un monopolio hasta que no se descubra otra cura o se extinga la patente.

Pero sin perjuicio si se llega o no a crear un monopolio, es claro que la PI reduce la competencia, pues el autor o el inventor eliminan como competidores a los consumidores de sus ideas. Dado que nadie más que Vargas Llosa puede autorizar que se reproduzcan sus obras, quienes compren sus libros no podrán competir en la reproducción y distribución de las mismas.

Esta restricción de la competencia genera los costos comúnmente asociados con el monopolio. En primer lugar, restringe la disponibilidad de ideas: menos gente leerá a Vargas Llosa de la que lo leería si la competencia fuera posible. De la misma manera, menos enfermos podrán usar una medicina recientemente descubierta. En segundo lugar, y en lo que no es sino la otra cara de la moneda, los precios de las obras e inventos serán mucho más elevados como lo demuestra la súbita y radical caída de los precios de un producto cuando expira el plazo de protección y pasa a dominio público. La restricción a la competencia enriquece a los productores por encima de lo que ocurriría en un mercado plenamente competitivo, y ello, a costo de los consumidores que ven reducido su excedente en el mercado.

Este es el costo menos controvertido, pues virtualmente hasta los más fervientes defensores de la PI reconocen que ésta generará menos producción a mayor precio, un resultado sin duda no deseado. Pero los defensores de la PI ven esto como un mal necesario, en atención a los supuestos grandes beneficios que la propiedad intelectual genera en términos de innovación.

3.2. La reducción de la innovación y el desarrollo.

Aunque suene paradójico, la PI puede justamente ir contra el que se supone es su objetivo principal, es decir, motivar más innovación. Así, las titularidades exclusivas que concede, pueden ser utilizadas justamente para impedir el desarrollo de nuevas in-

venciones o restringir una mayor creación artística y literaria de la que desean los consumidores.

Sin duda, el conocimiento e información anteriores son esenciales para crear y generar nueva información. Pero, muchas veces las patentes o los derechos de autor, son justamente usadas para restringir el espacio en el que nuevos descubrimientos o desarrollos pueden efectuarse, o para conducirlos por caminos que no necesariamente son los más adecuados. Veamos algunas de las consecuencias de las patentes en la innovación.

a. Retrazo de la innovación y creatividad por la PI.

Un buen ejemplo es el de Henry Ford, quien no tenía la patente del automóvil y tuvo que sostener una lucha por años contra un cartel titular de la patente y que no quería que se produjeran automóviles económicos. Sin duda, durante esos años muchos consumidores se vieron privados de modelos de automóvil que hubieran podido tener, si las patentes no hubieran existido.¹⁹

Así, en «1895 (...) *George B. Selden, un abogado especializado en propiedad intelectual, obtuvo la patente del automóvil a gasolina. Posteriormente, quien tuvo su titularidad fue la Association of Licensed Automobile Manufacturers, un cartel que se encontraba decidido a impedir la producción masiva de modelos más baratos por un nuevo y avezado empresario llamado Henry Ford. Éste, debido a que no compartía la titularidad de la patente, tuvo que librar una larga y costosa batalla legal contra el cartel -que se decidió a su favor en 1911- para poder revolucionar el mundo con su novedoso sistema de producción y poner al alcance de millones de personas su popular «Modelo T».*»²⁰

Un ejemplo aún más dramático es el de la aviación. Como reseña Bittlingmayer:

«Orville y Wilbur Wright ... imitaron el vuelo de las aves al construir un mecanismo que deformaba el plano horizontal de las alas de un avión en ambos lados en direcciones contrarias. Ellos patentaron este mecanismo y afirmaron en su patente que sus derechos se extendían a cualquier sistema que variaba los 'márgenes laterales' en direcciones contrarias.» Otro grupo de pioneros de la aviación, financiados por Alexander Graham Bell, «sabían acerca de la patente de Wright pero aparentemente tenían reservas acerca del método de deformar las alas (...) Bell sugirió usar alas plegadizas, o 'alergones,' que habían sido utilizadas en Francia. [Glenn] Curtiss posteriormente incorporó este concepto en sus exitosos vuelos de 1908 (...) Los Wright demandaron a Curtiss por infracción de patente en 1909, argumentando que su método se aplicaba también a las alas plegadizas. Después de un largo litigio, Orville Wright, (...), ganó el juicio en 1914 (...) Curtiss [entonces] hizo un pequeño cambio en su método para controlar los alergones, lo que obligó

19. Cole, Julio. «Patentes: Costos y Beneficios», loc cit.

20. Pasquel, op cit, loc cit.

a la empresa de Wright a plantear una nueva demanda. Orville Wright vendió su empresa en este punto, pero la empresa sucesora prosiguió con el pleito. Sin embargo, con la inminente entrada de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, el gobierno buscó una solución al litigio sobre la patente, puesto que algunas firmas estaban renuentes a aceptar contratos [de fabricación de aviones] debido a la posibilidad de demandas judiciales por violación de patente. La empresa Wright-Martin (...) amenazaba con demandar a quienes consideraba infractores de su patente, en efecto, cualquier fabricante de aeroplanos»²¹

Así los pioneros de la aviación resultaron siendo los causantes del retraso en su desarrollo. La competencia para descubrir la máquina que pudiera volar era muy intensa en ese entonces, y su descubriendo era cuestión de tiempo. No parece muy lógica la concesión de un monopolio en esas circunstancias.

Otro caso es el de la máquina a vapor. Durante más de veinte años, James Watt impidió el desarrollo de máquinas a vapor más modernas a las que él había patentado. Algunos sostienen que el verdadero desarrollo durante la Revolución Industrial, comienza el día en que expira su patente, en 1785.²²

Un caso reciente es el reseñado por Cole en el campo de la biotecnología:

«En Octubre de 1992, la Oficina de Patentes de Estados Unidos otorgó a una sola empresa, Agracetus Inc. de Middleton, Wisconsin, una patente para derechos sobre toda forma de ingeniería genética en algodón, no importa cuáles técnicas o genes sean usados para crearlas. Al respecto, un ejecutivo en esta industria comentó: «Es como si el inventor de la línea de ensamblaje hubiese obtenido derechos de propiedad sobre todos los bienes producidos en masa, desde automóviles hasta lavadoras de ropa»»²³

De hecho, las patentes sobre material genético han conducido a la paradójica situación en la que los países pobres tienen hoy que pagar a los países ricos, por el uso de semillas que los primeros venían usando por siglos.

Este tipo de situaciones pueden también presentarse en el campo de los derechos de autor. Como reseña Pasquel:

«La estrategia usual es que un artista desconocido demanda a uno exitoso alegando que copió su obra. Un caso muy sonado es el de un cineasta apellidado Litchfiled, que demandó a Steven Spielberg alegando que «E.T.» no era más que una burda copia de su película «Lokey from Maldomar». Sin embargo, el caso más sorprendente es el de Ashleigh Brilliant, quien acuñó más de 7,500 aforismos por los que ganó más de cien demandas de violación de derechos de autor»²⁴.

21. Citado por Cole, Julio «Patentes: Costos y Beneficios» loc cit.

22. Pasquel, op cit, loc cit.

23. Cole, Julio. «Patentes: Costos y Beneficios» loc cit.

24. Pasquel, op cit, loc cit.

b. *El uso de patentes defensivas.*

Pero el retraso en la inventiva y creación pueden no sólo ser un simple «daño colateral» de la existencia de la PI. En ocasiones, la PI concede facultades que pueden ser usadas intencional y estratégicamente, no para mejorar la provisión de inventos y obras existentes, sino para restringir dicha provisión y al hacerlo restringir de paso la competencia. Muchas patentes se obtienen con la intención de evitar que se den innovaciones que compitan con las propias. Ello, además significa el gasto y desperdicio de recursos para desarrollar patentes que no van a ser comercializadas, y cuyo único fin es evitar que otras patentes se desarrollen. Como indica Cole:

«...los dueños de la patente también tienen incentivos para hacer lo mismo (i.e., «inventar alrededor» de sus propias patentes) a fin de impedir competencia potencial. En la medida en que éstas actividades son inducidas por el mismo sistema de patentes, los recursos que consumen (lo mismo que los gastos legales asociados) son esencialmente un desperdicio desde el punto de vista social, y deberían considerarse como otro costo del sistema. Para citar un ejemplo, Bresnahan (1985) menciona que para proteger su posición monopólica en el mercado de fotocopiadoras de papel común, Xerox patentó cada aspecto imaginable de su tecnología. «IBM había gastado millones para ‘inventar alrededor’ de las principales patentes de Xerox, cerca de 25 % de lo presupuestado fue gastado en consultas legales, no en investigación y desarrollo»²⁵

Otro ejemplo es el de AT&T que desde sus inicios en 1875 obtuvo patentes para asegurar su monopolio en teléfonos. También se retrasó la entrada de la radio por 20 años. Y la General Electric obtuvo una serie de patentes para impedir el desarrollo de la luz fluorescente y así proteger su producción de luz incandescente.²⁶

Ejemplos más recientes muestran el uso de patentes para retrasar el desarrollo de servicios por Internet. Amazon.com ha patentado la compra con «one-click», es decir la posibilidad de comprar ítems en Internet usando un «click» del «mouse» restringiendo el uso de un sistema tan difundido para otras páginas Web. Y British Telecom anunció su intento poner en vigencia una patente sobre la idea de hipertextos, fundamento de funcionamiento de virtualmente todas las páginas Web del mundo.²⁷

Estas situaciones se presentan por una simple explicación económica. El monopolista tiene incentivos para defender sus ingresos monopólicos descubriendo nuevas patentes. Su investigación tecnológica se orientará entonces a descubrir no patentes útiles, sino defensivas. Mientras tanto, un potencial entrante que busca una nueva patente que le permita competir con el monopolista, hace el esfuerzo para obtener una renta de com-

25. Cole, Julio. «Patentes: Costos y Beneficios» loc cit.

26. Martin, op cit, loc cit.

27. Callahan, Gene «Rethinking Patent Law» www.mises.org

petencia. Mientras uno lucha por una renta excepcionalmente alta, el entrante lo hace para ganar una renta común en el mercado. Ello explica porqué el monopolista tiene más incentivos para desarrollar patentes defensivas que el potencial entrante en desarrollar patentes que le permitan entrar al mercado. El resultado es un gran desperdicio de recursos y un desincentivo a generar innovación realmente valiosa.²⁸

c. Retraso en el desarrollo de economías de red.

Como sabemos, en el mundo actual, el desarrollo de economías de red en distintos campos es esencial. Mercados como el de Internet, computadoras, telecomunicaciones, etc., requieren del desarrollo de redes cada vez más grandes e integradas. Justamente el desarrollo tecnológico juega un rol crucial para reducir las externalidades de red que pueden producirse.

Existe una externalidad de red cuando la decisión de consumo de una persona incrementa el valor del consumo de ese mismo producto a los demás. Por ejemplo, el valor de una red de telefonía incrementa cada vez que se incorpora un nuevo usuario, porque cada uno de los demás está en capacidad de comunicarse con más personas. Un solo teléfono carece de valor pues no permite comunicarse con nadie. Recién con un segundo teléfono el primero adquiere algún valor, valor que se incrementa con cada telefono adicional.

Para integrarse a una red, la tecnología debe ser compatible. Sin embargo, las patentes pueden impedir o elevar los costos a un potencial entrante para usar una tecnología compatible, y así, incorporarse a la red, porque justamente la PI se lo prohíbe. El resultado, es un crecimiento más lento de las redes y por tanto una reducción del valor de las mismas.²⁹

Un ejemplo de éste efecto es el caso de Microsoft y su programa operativo Windows. La discusión del problema parece haberse centrado en el hecho de que estamos frente a la aplicación de la legislación antitrust. No obstante, quizás la solución al problema se encuentra en realidad en los derechos de autor de Microsoft sobre su software. Sin duda existe hoy una inmensa red de computadoras que son compatibles entre ellas, permitiendo que un archivo de Word pueda correr en cualquier computadora que tenga Windows. Ello es bueno y deseado por los consumidores, aumentado el valor integral de la red cada vez que una computadora con Windows es introducida al sistema. Pero los derechos de PI hacen que ese programa sea caro, lo que conduce al uso de programas más baratos pero no realmente compatibles, lo que a su vez retrasa el crecimiento y el nivel de integración de la red, y por tanto, el valor agregado de la misma. En pocas palabras, un cambio en las leyes de propiedad intelectual hubieran convertido el costoso litigio antitrust en totalmente innecesario.

28. Para una discusión interesante sobre este tema revisar Menell, Peter S. «Intellectual Property: General Theories» www.dklevine.com.

29. Para un desarrollo sobre este tema revisar Menell, op cit, loc cit

3.3. Los costos de «enforcement».

Como vimos anteriormente, una de las características de la propiedad intelectual son los altos costos de exclusión de terceros, justamente por el carácter intangible de las ideas y la información que protege. En ese sentido, hacer cumplir las leyes de PI es mucho más costoso que hacer lo mismo respecto de la propiedad sobre bienes tangibles.

Eso significa la creación de autoridades especializadas en las labores de cumplimiento de este tipo de leyes, litigios frecuentes y costosos, y dificultades para hacer cumplir las decisiones y sentencias que se adopten en el área. Si la PI no existiera, se ahorrarían todos esos costos a la sociedad.

A título de ejemplo, un solo proceso legal entre Kodak y Polaroid por una patente, duró 14 años y tuvo un costo para Kodak de cerca de 100 millones de dólares. Se estima que el gasto de empresas norteamericanas en litigios de patentes supera al año los 4 mil millones de dólares. Y se trata de cifras que vienen creciendo. En Estados Unidos, el número de demandas por violaciones de patentes se dobló en la década pasada, de 1,171 en 1991 a 2,484 en el año 2000³⁰.

4. LOS BENEFICIOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Como hemos visto, los costos del sistema de PI son enormes. Pero costos altos no es sinónimo de caro. Las cosas son caras no sólo por lo que cuestan, sino por lo que recibimos a cambio de ese precio. En ese sentido, todos los costos reseñados estarían justificados si los beneficios de la propiedad intelectual fueran suficientes como para justificarlos. ¿Justifica la PI lo que nos cuesta tenerla?

El beneficio que nos trae la PI es la innovación. Pero nótese que no es toda la innovación, sino sólo aquella que es causada por la existencia de los derechos de PI, es decir aquella que no existiría si no hubiera PI. Ello no equivale a todas las patentes y derechos de autor existentes. Como veremos, una buena parte de ellos existiría igual sin PI pues hay otros incentivos para crearlos.

Y ni siquiera ese análisis es suficiente, pues como vimos, la propia existencia de PI desincentiva otro tipo de creaciones e innovaciones. Por ello, el resultado de ese desincentivo debe ser descontado de los beneficios que la PI nos trae.

Es indudable que la PI motiva cierto nivel de creación e innovación. No hay que ser un genio para descubrir que un monopolio incentiva, a quien quiere tenerlo, a invertir recursos para alcanzarlo. La pregunta en realidad es si la PI vale lo que cuesta.

Sospecho que los beneficios generados, si bien existen, son bastante más modestos de lo que se cree. Y en todo caso, la forma como hemos reconocido la propiedad intelectual (alcance de los derechos, plazo de protección, etc.) genera costos excesivos que podrían ahorrarse, reduciendo los estándares de protección, sin reducir sustancialmente los incentivos para crear e innovar. Por ejemplo, es difícil explicar porqué un escritor

30. Pasquel, op cit, loc cit.

necesita de una protección de 70 años, luego de su muerte, para verse motivado a escribir. Realmente un plazo de 10 años no haría mucha diferencia en los beneficios, pero sí reduciría sustancialmente los costos. De manera similar, no está muy claro que no reconocer al autor de una canción el derecho a cobrar por la ejecución pública de la misma en un pub o en un bar, lleve a que haya menos canciones de las que habría si se reconociera sólo el derecho a la no reproducción de discos.

Quizás una de las evidencias más sugestivas en contra de establecer una clara relación entre PI y la innovación y la creatividad es la propia historia. Importantes niveles de creatividad se han dado en épocas históricas en las que la PI, tal como la conocemos, no existía.

Grandes obras clásicas del arte y la literatura se produjeron cuando los derechos de autor no existían. Desde Homero hasta Shakespeare, numerosos literatos escribieron sus obras cumbres sin tener derecho a controlar su reproducción y distribución.

Algo similar ocurre con grandes inventos, antes de que existieran las patentes. La rueda fue inventada por alguien que aparentemente no tenía ningún interés en tener una exclusividad sobre su idea. Y ello, a pesar de que existen externalidades positivas enormes, a favor de los demás que podían usar su invento sin pagar. A este brillante inventor, ni siquiera se le reconocen los derechos morales, pues es un inventor anónimo. Numerosos inventores siguieron su ejemplo. Leonardo Da Vinci se esforzó de manera importante para descubrir artilugios en los que sabía no tendría nunca una exclusividad.

El análisis histórico genera, en el mejor de los casos, tremendas dudas. Ashton decía que *«Es muy posible que, sin el aparato de la protección [de patentes], las invenciones se hubieran desarrollado con la misma rapidez con que lo hicieron,»* y Mokyr que *«El sistema de patentes podría haber sido un estímulo a la invención, pero obviamente no fue un factor necesario,»*³¹

El premio Nobel de Economía, Douglass North, por el contrario afirma que las patentes sí fueron muy importantes. Argumenta que las patentes tuvieron un impacto significativo, pero reconoce que es sólo uno de los factores relevantes, pues *«Sería erróneo poner demasiado énfasis en una sola ley ... Más importante que la ley de patentes per se es el desarrollo y aplicación de un corpus de derecho impersonal que protege y garantiza contratos que especifican derechos de propiedad»* pues, refiriéndose por ejemplo al transporte marítimo *« ... menores costos de transacción—resultado de reducciones en la piratería, naves más grandes, mayor comercio, y menor tiempo en puerto—resultaron en significativos incrementos en productividad, empezando (por lo menos) 150 años antes de la Revolución Industrial; y esos factores, más que el cambio tecnológico, explican los incrementos en la productividad»*³²

Reiteramos que ello no quiere decir que no se reconozca que las patentes y los derechos de autor sí pueden motivar a varios a crear. Pero la historia demuestra que la PI no

31. Citados por Cole, Julio. «Patentes: Costos y Beneficios» loc cit

32. Ibid, loc cit.

es una condición «sine qua non» para que la creatividad nos traiga nuevas ideas. Así, parece que la supuesta falta de incentivos del carácter público de las ideas, es corregida por algunos factores distintos.

Por otra parte, diversos estudios empíricos citados por Menell, muestran la ambigua o débil relación entre innovación y PI. (Mansfield, 1986; Schwartzman, 1976; Taylor and Silbertson, 1973). Estos estudios, determinaron que las patentes rara vez eran el medio principal de apropiarse de ingresos en la mayoría de industrias, con la excepción de las industrias farmacéutica y química. En muchas industrias, ser el primero en introducir un producto, el progreso rápido bajo la curva de aprendizaje y otros factores, han demostrado ser tanto o más importantes que la PI, la que jugó un rol relativamente modesto.³³

En uno de los estudios de Mansfield se investigaron 31 patentes contestando la pregunta ¿Qué proporción de éstas innovaciones se hubieran introducido con atraso (o nunca) si no se hubieran podido patentar?

Las respuestas de las empresas arrojaron que cerca de la mitad de los inventos no se hubieran producido sin PI. Pero, la mayor cantidad de estos casos se produjeron en la industria farmacéutica. Si se excluía la industria farmacéutica, sólo se hubiera afectado la generación del 25% de las invenciones de no haber protección de la patente.³⁴ En un segundo estudio, los resultados fueron aún más negativos:

«Según datos detallados obtenidos de una muestra aleatoria de 100 empresas en 12 industrias manufactureras, la protección de patentes se consideró esencial para el desarrollo o introducción de un tercio o más de las invenciones durante 1981-83 en sólo dos industrias— farmacéuticos y químicos. Por otro lado, en 7 industrias (equipo eléctrico, equipo de oficina, vehículos motorizados, instrumentos, metales primarios, hule y textiles), la protección de patentes se estimó esencial para el desarrollo e introducción de menos del 10 por ciento de sus invenciones. De hecho, en las industrias de equipo de oficina, vehículos motorizados, hules y textiles, las empresas fueron unánimes en reportar que la protección de patentes no fue esencial para el desarrollo o introducción de ninguna de sus invenciones durante éste período.»³⁵

Cole comenta que incluso muchos de los estudios que suelen citarse para favorecer la existencia de la PI, lo hacen sin advertir que no necesariamente sustentan su punto:

«A menudo se citan en este contexto los famosos estudios pioneros de Robert Solow y Edward Denison sobre la importancia del progreso técnico para explicar el crecimiento económico. Lo interesante, sin embargo, es la manera como se citan estos estudios. Estas citas se realizan en forma muy general, y daría la impresión de que los autores que emplean este recurso, quisieran atribuir la totalidad de dicho progreso técnico a los inventos patentados. El hecho, sin embargo, es que el concepto

33. Menell, op cit, loc cit.

34. Cole, Julio. «Patentes: Costos y Beneficios.» Loc cit.

35. Ibid, loc cit.

de «progreso técnico» en los estudios tipo Solow-Denison es un concepto muy general que abarca, en principio, cualquier incremento en la producción que no puede atribuirse directamente al incremento en el uso de insumos o factores básicos de producción, i.e., es equivalente a lo que hoy en día llamamos «productividad total de factores.» Esto incluye no sólo el efecto de nuevas tecnologías (no todas las cuales representan invenciones patentadas), sino también los efectos de economías de escala, y de mejoras en la calidad de la fuerza laboral, incluyendo mejor educación (Denison trata de separar el efecto de la educación), la salud y estado nutricional de la fuerza laboral, e incluso cambios en su composición demográfica. Sería pues, un grave error atribuir todo «progreso técnico» únicamente a la innovación tecnológica. Pero aún, descontando los importantísimos efectos de la educación y otras mejoras en la calidad de la fuerza laboral, atribuir el efecto residual únicamente a un determinado tipo de innovación tecnológica (inventos patentados) sería como atribuir el efecto de la «educación» únicamente a la enseñanza que se imparte en escuelas formales (error que también se comete muy a menudo). El hecho, sin embargo—y contrariamente a lo que se supone en la literatura pro-patentes—es que los inventos patentados sólo explican una fracción del incremento en la productividad total.»³⁶

Y luego, cita a Griliches, quien nos dice:

«... no todo el incremento en la productividad se debe a la invención y sólo una fracción de esta última surge de los inventos patentados. Si tomamos 1.5 a 2.0 por ciento como la tasa aproximada de crecimiento anual en la productividad, al menos la mitad de ella se debe al mejoramiento en la calidad de la fuerza laboral, economías de escala, y diversas asignaciones de capital entre activos e industrias. Es más, es poco probable que los inventos patentados expliquen más de la mitad de los avances relevantes en conocimientos. Esto nos deja a lo sumo una cuarta parte del crecimiento total en la productividad, y una fracción desconocida de sus fluctuaciones, que podría atribuirse a los inventos patentados.»³⁷

En derechos de autor, también hay varios factores que explican la creatividad, distintos a la PI. Como decíamos antes, muchos autores escriben obras por razones distintas a la remuneración económica. Lo hacen por prestigio, que le permite ganar dinero en otros mercados, o simplemente por satisfacción personal o académica. Ése es quizás el caso de la mayoría, sino todos, los autores que participan en el libro que contiene este trabajo. Como comenté antes, me sentiría muy satisfecho con que se pirateara un libro mío, situación en la que se encuentran un buen número de autores. La verdad es que, de los títulos publicados, sólo una fracción muy reducida es realmente rentable para el autor.

36. Ibid, loc cit.

37. Ibid, loc cit.

Por otra parte, incluso para quienes desean ganar dinero con sus obras, se encuentran otros mecanismos para conseguir tales fines sin pasar por la existencia de derechos de autor. Obras clásicas como «Los Tres Mosqueteros» o «Los Miserables» no fueron escritos propiamente como libros, sino como entregas por fascículos en periódicos, de manera similar a lo que ocurre hoy con una serial o una telenovela. Los lectores compraban el periódico para enterarse la continuación de la historia, y de las mayores ventas se pagaba al autor. Es la primicia y no la exclusividad la fuente del ingreso.

Shakespeare escribía teatro por lo que las representaciones continuas de la obra le permitían cobrar a los asistentes, siendo altos los costos de reproducir y difundir la obra. Si no hubiera derechos de autor sobre la música, posiblemente los autores todavía seguirían escribiendo para conseguir que vaya gente a ver sus conciertos o recitales pagados.

Otra figura muy común, cuando no existían derechos de autor, era el mecenazgo. Importantes familias, en especial durante el Renacimiento, patrocinaban a autores y artistas para ganar prestigio. Hoy, importantes empresas estarían dispuestas a patrocinar cantantes, literatos y hasta artistas plásticos sólo para publicitar sus productos y servicios o para ser reconocidas como entidades que apoyan el arte o la cultura. En esos casos, ellos financiarían aquellos costos que el autor no puede recuperar por medio de un inexistente derecho de autor.

Otro ejemplo de una idea parecida, sería la de los fabricantes de hardware, quienes tendrían interés de que exista software para poder vender sus máquinas. Como señala Pasquel, eso es lo que hizo Apple al vender computadoras Macintosh (bien privado), regalando el programa MacWrite (bien público).³⁸

Pero el problema no es sólo la relación entre PI e innovación, sino la relación entre la PI tal como la han concebido las leyes vigentes y la innovación.

Es evidente que cuando más derechos y facultades se conceda al titular para excluir a terceros, más fuerte será el monopolio, y por tanto, mayores los costos que impondrá la PI a la sociedad. La amplitud de éstas facultades se expresan de diversas formas, las que incluyen el tipo de actos sobre los que el titular tiene derecho de exclusión (sólo reproducción de discos o además ejecución de la obra en público, o incluso, en privado), los plazos de protección (a más largos más fuerte y socialmente costoso será el monopolio que se concede), etc.

Incluso, aceptando que cierta exclusividad es necesaria, la pregunta que surge de inmediato es «cuánta exclusividad» es necesaria para fomentar la innovación.

Por ejemplo, es poco probable que un periodo de protección de un derecho de autor por 1,000 años incentive mucho más la producción intelectual a un plazo de protección de 10 años. La razón es que, nadie hace una inversión de tiempo y recursos para recuperarla en 1,000 años. Su expectativa de plazo para el retorno es mucho menor, pues dentro de 1,000 años ya estará muerto. Pero, cabe preguntarse si un plazo de 70 años, después de

38. Pasquel, op cit, loc cit.

muerto el autor, incrementa realmente la creatividad, o bastaría solo 10 años de protección para lograr lo mismo.

Sin embargo, los titulares de los derechos de exclusiva, luchan continuamente para ampliar los plazos y así incrementar sus rentas, a pesar que no es probable que plazos más largos incentiven realmente la innovación.

A título de ejemplo, en los Estados Unidos, en 1790, un autor estaba protegido por 14 años, renovables por otros 14. En 1831, se elevó el plazo a 28 años, renovables por otros 14. En 1909, se volvió a renovar el plazo a 28 años, renovables por otros 28. En 1976, se dio protección por toda la vida del autor, más 50 años en caso de personas naturales, y a empresas se reconoció 75 años. Recientemente, en 1998, el plazo se volvió a ampliar a la vida del autor más 75, y en el caso del corporativo (derechos de empresas) a 95 años. Lo curioso de éste último cambio, es que se aprobó retroactivamente, permitiendo que patentes que estaban por vencer se renovaran automáticamente, a pesar que en esos casos las obras existentes ya no requieren de incentivos, justamente porque ya habían sido creadas. Ello muestra la ampliación del plazo, más como el resultado de «rent seeking» o búsqueda de rentas por grupos interesados, que por una intención real de incrementar la innovación y creatividad.

Como acertadamente comenta Cole:

«Sería muy difícil explicar esta evolución histórica apelando a la teoría que usualmente se emplea para justificar la «propiedad intelectual,» i.e., la idea de que estos derechos exclusivos son necesarios para proporcionar «incentivos» para creación literaria y artística. (...) Las sucesivas prolongaciones de la duración del copyright, sin embargo, claramente desmienten cualquier noción de «propiedad intelectual como incentivo»: ése no ha sido el motivo real de las enmiendas. ¿Cuántas obras literarias o musicales se hubieran dejado de producir en los últimos dos siglos si se hubiera mantenido la duración máxima de 28 años? Probablemente muy pocas, pero la pregunta es irrelevante porque no se trata realmente de eso. La realidad es que el tema de los incentivos es simplemente una fachada, para disimular el verdadero propósito, que siempre ha sido prolongar la duración de monopolios muy rentables. En teoría, las leyes de propiedad intelectual existen para proporcionar incentivos a la creación; en la práctica, sólo son una forma muy efectiva de rent-seeking.»³⁹

Al comentar la llamada Ley Bono, que es justamente la que ha establecido el plazo de 70 años luego de la muerte del autor y 95 años de plazo para derechos de autor corporativos, el propio Cole señala:

39. Cole, Julio. «Propiedad Intelectual: Comentarios Sobre Algunas Tendencias Recientes» www.economia.ufm.edu

«Al parecer, la Ley Sonny Bono fue promovida por grupos empresariales vinculados a la industria cinematográfica, y con fuerte apoyo de parte de ejecutivos de la empresa Disney, quienes estaban interesados en evitar que varios de sus conocidos personajes pasaran al dominio público (empezando por «Mickey Mouse,» cuyo copyright estaba por caducar en el año 2003)—véase «Free Mickey Mouse,» The Economist (Oct 12, 2002), p. 73. Esta actitud no es sorprendente, considerando el gran valor comercial de estos copyrights, pero no deja de ser un tanto irónico que esta empresa trate por todos los medios de impedir que sus personajes pasen al dominio público, siendo que, probablemente ninguna otra empresa en el mundo se ha beneficiado tanto de la existencia de personajes e historias tomadas libremente del dominio público: Blancanieves, Pinocho, La Sirenita, El Libro de la Selva, El Jorobado de Notre Dame, para citar sólo unos pocos ejemplos.»⁴⁰

El tema no se agota entonces, sólo en el plazo, sino en los alcances de la protección, lo que incluye el tipo de ideas que se protegen con PI.

Por ejemplo, es poco probable que Jeff Bezos, el titular de Amazon, no hubiera imaginado la compra con un solo clic del «mouse» si no hubiera tenido protección de una patente. Por ello, conceder protección a ese tipo de ideas carece de sentido.⁴¹

Muchas veces, los extremos de protección que se exigen son tan ridículamente exagerados, que es claro que no motivan el desarrollo de innovación de ningún tipo.

Por ejemplo, en 1996, la ASCAP (American Society of Composers and Performers), envió cartas a los campamentos de verano en Estados Unidos, solicitando el pago de regalía anual, para que los niños que acuden a esos campos pudieran cantar canciones alrededor de una fogata, por ser «ejecuciones públicas» de dichas canciones, a cambio de las cuales, los campamentos recibían una compensación monetaria, expresada en el pago de los padres por enviar a sus hijos, motivados entre otras cosas, por los alegres cantos alrededor del fuego. Comentando el caso Cole nos dice:

«Naturalmente, hubo un revuelo, con airadas protestas de indignados padres de familia, y la imagen pública de ASCAP quedó por el suelo, lo que al final los llevó a desistir del cobro de las sumas inicialmente exigidas, conformándose con un pago nominal (un dólar por año por campamento). Lo interesante, sin embargo, es que incluso ese pago nominal representa un reconocimiento formal del principio defendido por ASCAP: que las canciones son propiedad del titular del derecho de autor, y que cualquier ejecución pública de la misma, incluso por parte de escolares cantando alrededor de la fogata, se hace con permiso y venia del propietario. Más interesante aún, es el argumento planteado por uno de los abogados de ASCAP: «Ellos [los campamentos] compran papel y otros materiales para sus manualida-

40. Ibid, loc cit.

41. Callahan, op cit, loc cit.

des, también pueden pagar por la música [que utilizan]... Si siguen cantando [nuestras canciones] sin pagar, los demandaremos si es necesario.»

Probablemente sin darse cuenta, este abogado expresó en forma muy elocuente la falacia básica que fundamenta todo concepto de propiedad intelectual. Cualquier economista le podría explicar que hay que pagar por los materiales que los niños utilizan en sus manualidades por una razón muy simple: estos materiales son escasos, y tienen usos alternativos, por lo que tienen un costo de oportunidad. La cartulina que se emplea para pintar, no se puede utilizar al mismo tiempo para otra cosa. Con las canciones, sin embargo, no ocurre lo mismo. Si los niños cantan una canción alrededor de la fogata, ésta no se gasta, otras personas la pueden cantar también. No tienen un costo de oportunidad, y por tanto, no son bienes escasos.⁴²

Otro caso, igualmente ridículo, se dio en España, donde dos entidades de gestión colectiva, la Sociedad General de Autores de España (SGAE) y la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGDI), exigieron a una empresa hotelera el pago por el uso de música en las habitaciones de los huéspedes. La pretensión fue desestimada, justamente porque los hoteles se defendieron señalando que el cuarto de un huésped era en realidad un domicilio temporal, por lo que se trataba de una ejecución de uso privado.⁴³

Cabría preguntarse cuánto incentivará a los autores cobrar por las canciones que los niños cantan alrededor de la fogata, o la música que se escucha en el cuarto de un hotel. Probablemente nada. Sin embargo, la PI autoriza al titular a meterse en nuestra vida y realizar actividades que, parece, deberían desarrollarse fuera de toda interferencia.

En todo caso, si dudamos sobre las bondades de la PI para fomentar la innovación, estamos seguros que los niveles de protección actual son exagerados e innecesarios para lograr tales fines, y reflejan más intentos de captura de rentas que una auténtica preocupación por incrementar la creatividad.

5. ¿Y DÓNDE ESTARÍA EL ROBO?

Hasta ahora, hemos mostrado los inconvenientes de algunas formas de propiedad intelectual, las dudas que genera su existencia y la convicción de que, en el mejor de los casos, los niveles de protección resultan excesivos, si el objetivo es fomentar la innovación. Ello significa que podrían estarse generando ineficiencias, dado los tremendos costos que la PI genera frente a sus ambiguos beneficios. Pero como el título de este trabajo sugiere, ¿Dónde estaría el aprovechamiento de lo ajeno? ¿Qué podrá estar «robando» el titular de una patente o de un derecho de autor? ¿Cuál sería el acto de «piratería» que se reclama?

Evidentemente, el término «robo» no se está usando en su aceptación legal. Solo se roba cuando se vulnera un derecho de propiedad legalmente definido, con lo que robar

42. Cole, Julio. «Propiedad Intelectual: Comentarios Sobre Algunas Tendencias Recientes», loc cit.

43. Ibid, loc cit.

algo, depende de lo que dice la Ley. Dado que la Ley reconoce el derecho de PI, su ejercicio no es un robo, como no es robo cortar flores en el campo, hasta que la Ley le concede derecho de propiedad a alguien.

El término «robo» se usa como afectación de un interés que debería estar protegido, pero que la PI limita los derechos sin justificación. En realidad, estamos diciendo que la PI le está quitando a alguien, algo que no debería quitarle. Muchas veces, ese interés está inicialmente reconocido y protegido por un derecho, pero la existencia de la PI restringe los límites naturales de tal derecho, para imponer otros que no parecen tan naturales.

Como bien anota Kinsella, la PI da derechos parciales de control sobre la propiedad tangible de los demás. Ello, porque el titular de un derecho de PI puede prohibirle al propietario de un bien tangible, que desarrolle ciertos actos dentro de su propio derecho. De este modo, el titular de un derecho de autor puede impedir que Juan escriba ciertos patrones de palabras, usando su propio papel y su propia tinta, sólo porque él los organizó de esa forma antes. Así, por la idea se vuelven titulares de la forma como otros pueden comportarse según su propio derecho de propiedad. Asimismo, el titular se vuelve, mágicamente, propietario de parte de la propiedad de otros. Es ésta invasión de la propiedad de otros, generada por la PI, la que debe ser tomada en cuenta para encontrarle una justificación.⁴⁴

La idea es muy sencilla. La propiedad implica derechos de exclusión, los cuales están definidos por Ley al momento que el titular la adquiere. Igualmente, están definidos los derechos de mi vecino, de manera que existe un lindero que separa lo mío de lo suyo. Si él siembra en mi terreno, viola mi derecho de propiedad. Si yo siembro en el suyo, violo su propiedad ¿Se imagina si mi vecino pudiera cambiar ese lindero en el futuro con solo pensarlo? Ello afectaría mi propiedad por un hecho posterior a mi adquisición y que yo no puedo controlar. Nadie pensaría en sostener que eso es posible, porque los ámbitos del derecho de exclusiva no pueden ser modificados.

Sin embargo, es justamente eso lo que hace la PI. Una idea posterior a la adquisición de mi derecho, puede limitar el «lindero» de mi derecho, reduciendo mi posibilidad de excluir a otros, concediéndole al titular de la PI la posibilidad de excluirme de ciertos usos de mi propiedad. Nótese la diferencia con el problema de linderos con mi vecino, en el que la limitación existe al momento de mi adquisición. La PI permite invadir mi predio, penetrar en sus linderos y restringir mi conducta al interior de los mismos luego de adquirido mi derecho.

Esto se grafica en el ejemplo que usa el propio Kinsella cuando dice que la PI intelectual genera una técnica tan poderosa de invasión que le da al creador derechos sobre la propiedad ya existente de terceros:

«Por ejemplo, a través de la invención de una nueva técnica para excavar pozos, el inventor puede impedir a todos los demás en el mundo que hagamos pozos en nues-

44. Kinsella, op cit, loc cit.

tra propiedad. Para tomar otro ejemplo, imaginemos los tiempos en los que los hombres vivían en las cavernas. Un tipo brillante –vamos a llamarlo Galt-Magnon– decide construir una cabaña en un campo abierto cerca de sus cultivos. Seguramente es una buena idea y los demás lo notan. Naturalmente imitan a Galt-Magnon, y comienzan a construir sus propias cabañas. Pero, el primer hombre que inventó una casa, de acuerdo a lo que sugiere la PI, tendría el derecho de impedir que otros puedan construir casas en sus propios terrenos, con sus propios troncos, o cargarles un cobro para permitirles construir casas. Queda claro que el innovador en estos ejemplos, se convierte en un propietario parcial de la propiedad tangible (tierra y troncos) de los demás, no por haberlos ocupado primero o haberlos poseído, (...) sino sólo porque se le ocurrió una idea.»⁴⁵

En pocas palabras, el derecho de exclusiva generado por la PI, concede a quien tiene una idea protegible, el derecho a expropiar parte de la propiedad tangible de otro, reduciendo sus atributos y lo que ése otro puede hacer con lo que le pertenece.

Al hacerlo, se reducen los incentivos para usar e invertir en la propiedad, pues la exclusividad concedida a quien tuvo una idea protegida por PI, reduce la exclusividad otorgada al propietario anterior. En otras palabras, el inventor o el autor, por el mérito de su idea, genera externalidades a los titulares de la propiedad.

Boldrin y Levine explican porqué se produce este efecto, al no entenderse con claridad cuál debe ser el límite de la titularidad que concede la PI sobre la idea. Según estos autores, la propiedad intelectual tiene dos componentes. El primero es el derecho para ser propietario y vender las propias ideas. El segundo es el derecho de controlar su uso luego de vendida. El primero, es esencial y debe ser concedido. Nadie puede ser forzado a compartir o contarle una idea a un tercero, y está autorizado a llevarse su idea a la tumba si así lo desea. El segundo, al que llaman «licenciamiento aguas abajo» («downstream licensing»), lo ven como económicamente peligroso. Éste licenciamiento, no es sino el uso de acuerdos contractuales para prohibir al adquirente de un disco, un libro o un producto, basado en una patente a competir en el futuro con el titular que se lo transfirió. Pero, como anotan, la ausencia de competencia conduce al monopolio, situación que los economistas suelen combatir y evitar.⁴⁶

De hecho, el llamado acuerdo de licenciamiento no guarda diferencias sustanciales con acuerdos de cartel, en los que dos competidores actuales o potenciales convienen no competir. La legislación de libre competencia suele sancionar estos acuerdos. Sin embargo, en el caso de la PI no sólo no los prohíbe, sino los sustenta y protege.⁴⁷

45. Ibid, loc cit. (Traducción libre)

46. Boldrin, Michel y Levine, David K. «The Case Against Intellectual Property» www.dklevine.com

47. Incluso Michel y Levine llegan a hacer una analogía con la esclavitud, señalando que el poder sobre la propiedad ajena se extiende incluso sobre el poder de trabajo. De una manera quizás exagerada señala que estos acuerdos no deben admitirse como no se admite que las personas vendan

Como señalan Boldrin y Levine, el argumento que se ha usado para sostener el monopolio, ha sido simplemente la necesidad de sostener la creatividad. La lógica que se ha usado para ello, es que la inversión en innovar es un costo y las ideas se distribuyen a costo cero o, por lo menos, a costo marginal. Siendo que en competencia perfecta los precios reflejan sólo el costo marginal, los costos fijos no pueden ser recuperados. Por ello, si los innovadores son forzados a competir con sus clientes, no podrán recuperar el costo de crear. Pero, estos autores sostienen que no estamos frente a costos fijos, sino frente a costos hundidos. Dado que sólo las ideas incorporadas en las personas o en las cosas valen, el costo de crear es el costo de crear la primera unidad. Pero tal costo hundido, es muy común en la economía y no plantea un reto particularmente serio a la competencia perfecta. En otros mercados, en los que existen costos hundidos, no existe ningún mecanismo similar al que existe en la PI, concediendo un monopolio para recuperar los costos hundidos.⁴⁸

Según estos mismos autores, los mercados competitivos están en perfecta posibilidad de recuperar los costos hundidos. Por ejemplo, en el caso de una obra musical, ésta puede ser recogida en un CD que es puesto a la venta. El primer CD se va a vender a un precio bastante alto porque la oferta es escasa. Será comprado por aquellos que lo valorizan de manera particularmente alta, o los que desean comprarlo para reproducirlo y venderlo rápidamente y hacer dinero antes que la oferta crezca en exceso. Para el momento en que los usuarios de Napster puedan obtener una copia, el precio va a haber caído dramáticamente. En ese momento, será comprado por quienes no tienen un interés tan fuerte en tener y disfrutar de la canción tan rápidamente. En ese punto, es de esperar que las utilidades obtenidas puedan haber cubierto el costo de producción, incluyendo los famosos costos hundidos, como ocurre en otros mercados.⁴⁹

De hecho, así ocurre con un ejemplo que ya vimos como es el caso de las noticias. El esfuerzo en obtener una primicia tiene costos hundidos para el medio y/o el periodista, que en teoría no pueden ser recuperados, porque una vez difundida la noticia ya no le pagarán por dichos costos. Pero, lo cierto es que, el aumento de las ventas iniciales motivadas por aquellos que quieren enterarse rápidamente de la noticia, justifica el esfuerzo de obtenerla. Nunca ha sido necesario conceder un monopolio para que los medios recuperen los costos hundidos de obtener noticias. No vemos porqué lo mismo no podría pasar en el caso de la PI.

Como vemos, no se está negando la posibilidad de que alguien, con una idea, la conserve y decida cuándo la vende. Pero una vez que lo hace, y la idea está en poder de quien adquirió el producto que la incorpora, el titular no debería tener el control de lo que

su propia libertad y se vuelvan esclavos por contrato. Para más detalles ver *Boldrin, Michel y Levine, David K.*, «Property Rights and Intellectual Monopoly». www.dklevine.com

48. *Boldrin, Michel y Levine, David K.* «The Case Against Intellectual Property» loc cit.

49. *Boldrin, Michele y Levine, David K.* «Why Napster is Right» www.dklevine.com

se puede hacer con ella, pues estaría limitando lo que los demás podemos hacer con nuestra propia propiedad.

Efectivamente, ello explica por qué poner en vigencia la propiedad intelectual se relaciona tanto con afectaciones a la libertad y la privacidad. Poner en vigencia un derecho de PI sobre software significa literalmente meterse en la mente de quienes utilizan programas de cómputo. Ello porque poner en vigencia la propiedad intelectual, implica justamente penetrar en la propiedad y titularidad ajenas. Es poner en vigencia una propiedad sobre la propiedad de otros. Y ello implica medidas invasivas. Para controlar la piratería, la industria de software quiere poco menos que el control de las computadoras de las personas, forzándonos a todos a soportar el costo de poner en vigencia la PI.⁵⁰

Esta discusión, polémica sin duda en si sus alcances deben o no ser la desaparición de las patentes y los derechos de autor, si deja claro que a mayor protección mayor será la afectación de la propiedad y las titularidades ajenas. Por ello, incluso si llegáramos a la conclusión de que se justifica la propiedad intelectual para motivar la creatividad, deben evaluarse los costos que los niveles de protección imponen al resto de la sociedad. Plazos excesivos o alcances exagerados de protección, no son sino una forma de expropiarnos lo que ya tenemos, reduciendo, paradójicamente, los incentivos que la propiedad tangible debe generar para un uso adecuado y eficiente de los recursos. Incluso la PI puede poner en riesgo nuestra propia privacidad o libertad.

6. CONCLUSIÓN.

Francis Drake comparte dos títulos aparentemente contradictorios. Drake recibió el título de Sir de la Reina de Inglaterra, en reconocimiento de sus heroicas hazañas en el mar. Así, los ingleses lo consideran uno de sus héroes navales más destacados.

Pero para los españoles, Francis Drake no era más que un pirata que se dedicaba a saquear barcos en su beneficio, robando las riquezas que se traían de América. Drake merecía ser colgado.

Lo curioso es que el título de Sir y el de pirata se motivan en los mismos hechos. Drake fue autorizado por la corona británica para asaltar y saquear los buques españoles. En ese sentido los piratas de este tipo, conocidos como corsarios, o «privateers» eran empresarios privados, autorizados por su gobierno para cometer actos de piratería. Estos piratas fueron unos de los mayores enemigos del sistema mercantilista, aquél que basaba la obtención de la riqueza en la concesión de privilegios por parte del imperio, en especial en relación a las riquezas de las colonias.

Es curioso saber cómo se llamaba la autorización para asaltar y llevar a cabo actos de piratería. Se le llamaba patente de corso, curiosa coincidencia con el nombre que damos a otra de las autorizaciones que el día de hoy damos para tener un privilegio sobre el uso de las ideas: la patente de invención. La patente de corso era el privilegio concedido de

50. Boldrin, Michele y Levine, David K. «Property Rights and Intellectual Monopoly.» Loc cit.

CONTRAFÁCTICO

apropiarse de lo ajeno. Hoy, la patente de invención es la autorización para apropiarse de parte de la propiedad ajena, a través de la titularidad sobre una idea.

Como vemos lo que convierte a un pirata en un héroe es la Ley. Mientras que para los ingleses los actos de Drake eran legales, para los españoles eran un delito. Lo mismo pasaría con nuestros «piratas intelectuales». Lo que los hace «piratas» no son sus actos, sino la calificación legal que les damos a los mismos.

Y la Ley no puede ser arbitraria. Para hacer responsable a alguien por su actos la Ley debe tener motivos y razones claras. Privar de la libertad o sancionar a alguien para alcanzar objetivos de dudoso sustento, puede ser sumamente injusto.

Por ello, la pregunta de si alguien es o no un pirata, es anterior a la Ley. La pregunta es si la Ley debe proscribir ciertos actos. Creemos que en relación a la PI es una pregunta abierta y de difícil respuesta. Pero, es una pregunta importante, porque podríamos estar convirtiendo en delincuentes a las personas equivocadas. Y en todo caso, como toda patente, los derechos que concede pueden ser excesivos. Tenemos claro que los niveles de protección actual de algunas formas de PI, no pueden sustentarse en la supuesta función de incentivar la innovación.

Este trabajo deja más preguntas que respuestas. Pero creo que son preguntas que generan serias dudas sobre el alcance que debe darse a la PI. Los libros de historia tratan a Drake como pirata y como héroe. No sé sinceramente cuál de las dos cosas era en realidad, pero hubiera sido muy triste que un héroe fuera colgado como pirata. Eso es algo que pudiera estar ocurriendo en nombre de la PI.

