

Yale Law School
Yale Law School Legal Scholarship Repository

SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría
Constitucional y Política) Papers

Yale Law School SELA (Seminario en
Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)
Papers

1-1-2008

¿ES LA PROPIEDAD INTELECTUAL UN ROBO?

Alfredo Bullard

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela

Recommended Citation

Bullard, Alfredo, "¿ES LA PROPIEDAD INTELECTUAL UN ROBO?" (2008). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Paper 57.
http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/57

This Article is brought to you for free and open access by the Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers at Yale Law School Legal Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers by an authorized administrator of Yale Law School Legal Scholarship Repository. For more information, please contact julian.aiken@yale.edu.

¿ES LA PROPIEDAD INTELECTUAL UN ROBO?

Alfredo Bullard G.

Marx decía que la propiedad era un 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 PI es tan buena para el funcionamiento del sistema económico, como lo es la propiedad sobre bienes tangibles. Si es falsa la interpretación marxista de que la propiedad sobre bienes materiales sea un robo, también lo es que sea robo la PI.

Sin embargo, 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. 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 un robo.

Y no creo que el problema sea que se trate de un sistema impuesto por los países desarrollados para explotar a los subdesarrollados. Creo que el tema es aún 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 o de la Comunidad

Europea como a los consumidores del Perú, y quizás más a los primeros porque su vigencia y respeto es mucho mayor en los países desarrollados.

Este trabajo no se animará a sugerir que la PI debe ser eliminada, aunque 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 actuales, son excesivos en varios campos, en especial en los derechos de autor y en las patentes. Veremos que, desde otro punto de vista, la PI podría estar permitiendo que algunos (sus titulares) estén tomando algo que no les corresponde, y al hacerlo estén, de cierta manera, robando a otros.

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. Es la propiedad sobre intangibles. Sin embargo el propio régimen legal hace importantes diferencias. Por ejemplo, una bastante notoria es que mientras la propiedad 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.¹ Hoy, los descendientes de Cervantes no pueden cobrar derecho alguno por la publicación del Quijote. Por otra parte, las patentes pasan al dominio público a los 20 años de su inscripción².

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

¹ 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”.

² 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”.

se asemejan más a los derechos de la personalidad, tienen de la propiedad clásica su carácter perpetuo.³

Las diferencia esta en la función económica que desarrollan. La propiedad civil clásica, o propiedad privada, suele aparecer cuando se cumplen los requisitos de consumo rival y bajos costos de exclusión. El primero aparece cuando, en el caso de determinado bien, no es posible un consumo simultáneo por más de una persona. Una camisa (consumo rival) no puede ser usada por dos personas simultáneamente, a diferencia de lo que ocurre con el aire (consumo no rival) que si puede ser respirado simultáneamente por varias personas al mismo tiempo, sin que el hecho de que alguien respire en una habitación impida a otro seguir respirando.

La segunda se refiere a la existencia de costos de exclusión bajos, es decir supuestos en que establecer los mecanismos para que el titular pueda excluir a los otros se hace a costos razonables en relación a los beneficios que se obtienen. Ello explica, regresando al caso del aire, por que es tan difícil tener derechos de propiedad sobre el mismo. Generar capacidad de excluir sobre algo que se expande y se escapa y cuyo costo de envasar es relativamente alto en relación al beneficio que ello implica, hace inviable el derecho de propiedad. El sistema legal suele conceder derechos de titularidad privada exclusiva para aquellos bienes que, teniendo consumo rival, tienen bajos costos de exclusión.

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. En eso se parecen al aire, por que creada la idea esta es abundante para su uso y establecer derechos de exclusión es muy costoso.

Así, nótese que los derechos de autor y las patentes no tienen consumo rival. Uno puede leer la misma obra de Borges, sin que en ese momento otra persona (en realidad miles o millones de personas) pueda leerla exactamente al mismo tiempo. Puede ser “respirada” por varios sin que una “respiración” excluya otra respiración. No confundamos la obra con el

³ En esa línea este trabajo no cuestiona los derechos morales, es decir el derecho del titular para ser reconocido como el creador. Así, si bien las obras de Vargas Llosa podrían pasar al dominio público, ello no autoriza a tomar su obra y plagiarla haciéndola aparecer como si fuera de otro. En ese sentido los derechos morales son perpetuos. Este trabajo se limita a cuestionar los derechos patrimoniales de autor y de inventor.

libro que lo contiene. El libro es un bien material y como tal no puede ser usado por dos al mismo tiempo pues tiene consumo rival y bajos costos de exclusión. 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. 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.

De ello podemos deducir donde se encuentran los derechos de autor y las patentes en el mapa de los distintos tipos de propiedad:

		COSTOS DE EXCLUSION	
		Bajos	Altos
R I V A L I D A D	SI	Propiedad Privada (Casa, automóvil)	Bienes Privados Imperfectos (Banco de peces o marcas y signos distintivos)
	NO	Bienes Públicos Imperfectos (Carretera no congestionada)	Bienes Públicos Derechos de autor y patentes.

Como vemos, por sus características, la PI se parece más a un bien público que a un derecho de propiedad privada.

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.⁴

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 libremente a Vargas Llosa o Borges, 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.

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 (como la “podadora mágica”) y por tanto el control sobre el mismo es realmente difícil.⁵

⁴ 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)

⁵ 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.

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 PI con un derecho de exclusiva? La parece sencilla: lo hacemos para incentivar la creatividad. Para ello, creamos una especie de “propiedad artificial” pues no reúne los requisitos clásicos de la propiedad. Así, vamos contra la lógica económica para motivar 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 y la de Charlie García para motivarlo a componer música, asumiendo los inmensos costos de poner en vigencia este tipo de derechos y aceptamos que, al menos por un tiempo, estos derechos sean privados (creando, como veremos, un monopolio o privilegio) a pesar que su mejor uso es el uso público.

Este problema de la inexistencia de rivalidad y existencia de altos costos de exclusión en la PI fue advertido ya por Tomas Jefferson, quien fue contrario al reconocimiento de las patentes:

“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 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”⁶

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 (la idea) era suficientemente abundante para poder ser usado en distintos usos alternativos. 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, 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.”⁷

Esto explica 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 “necesario” para que ello se de, el bien pasa a dominio público.⁸

⁶ 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)

⁷ Cole, Julio “Patentes: Costos y Beneficios.” www.economia.ufm.edu. (Agosto 4, 2004)

⁸ 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

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.

2. LA PRODUCCIÓN DE INFORMACIÓN COMO BIEN PÚBLICO.

Pero ¿Qué pasaría si consideramos la PI como un bien público? ¿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 inherente a muchas formas de información que 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

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, a pesar de tener en principio altos costos de exclusión. Esto, como acertadamente señala Cole, genera diferencias en el tratamiento legal: ***"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."***¹bid, loc cit.

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 fondos y subsidios públicos en la promoción de cultura.

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. Y al igual que las concesiones, la PI es temporal y dura hasta que la inversión efectuada en la creación o mantenimiento del bien público es recuperada con el cobro que el Estado permite efectuar. Pero a diferencia de las concesiones donde el Estado suele establecer regulaciones para controlar el poder de mercado del concesionario, en particular si se entregan monopolios, ello no ocurre en la PI donde el titular del derecho puede fijar el precio que desee, pudiendo ejercer efectivamente el poder monopólico.

Pero la PI no es el único caso de información pública que es producida privadamente. Los privados, interactuando entre ellos, 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,⁹ 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. 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.

⁹ 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.

Otro ejemplo interesante, también anotado por Pasquel, citando a David Friedman es el de la fe¹⁰. 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.

Martin cita como otro ejemplo al lenguaje.¹¹ Como él señala el lenguaje muestra claramente por qué 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.¹²

Otro ejemplo es la moda. Los diseñadores innovan continuamente nuevos modelos de ropa a pesar que la protección de PI en estos casos es virtualmente inexistente. El incentivo creativo está por el lado de ser conocido como innovados y no en tener un derecho de exclusiva sobre un nuevo diseño.

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.

¹⁰ Ibid, loc cit.

¹¹ Martin, Brian "Against Intellectual Property". www.uow.edu. (5 de Agosto, 2004)

¹² 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.

Si se quisiera decir que el descubrimiento científico es diferente a inventar algo nuevo, habría que tener en cuenta que ésa 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 lo hace 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.¹³

No estamos diciendo que la PI no pueda incentivar una mayor creación en ciertas personas. De hecho, estamos convencidos que si lo hace. Pero, no se puede afirmar que sin PI no habría creación. La pregunta no es 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 económicos que la exclusividad está generando.

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.

La restricción a la competencia.

¹³ Citada por Kinsella, op cit, loc cit.

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 Borges. Lo mismo se puede decir del invento del Betamax que compitió y fue derrotado en dicha competencia por el VHS. Por 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 de si se llega o no a crear un monopolio, la PI reduce la competencia. 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 o menos enfermos podrán usar una medicina recientemente descubierta. En segundo lugar los precios de las obras e inventos serán mucho más elevados.

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.

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.¹⁴

Un ejemplo aún más dramático es el de la aviación. Como reseña Bittlingmayer sobre lo que ocurrió con la deformación de las alas patentadas por lo hermanos Wright (que les permitió volar) que se extendían a cualquier sistema que variaba los 'márgenes laterales' en

¹⁴ Cole, Julio. "Patentes: Costos y Beneficios", loc cit.

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. 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 a la empresa de Wright a plantear una nueva demanda. Es recién con la entrada de los Estados Unidos a la primera Guerra Mundial que el gobierno intervino para resolver el litigio por que los fabricantes no querían aceptar los pedidos de producción de aviones por temor a demandas de los Wright.¹⁵

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 1785.¹⁶

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

“Un caso muy sonado es el de un cineasta apellidado Litchfield, 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 autor¹⁷.”

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. Como indica Cole:

¹⁵ Citado por Cole, Julio “Patentes: Costos y Beneficios” loc cit.

¹⁶ Pasquel, op cit, loc cit.

¹⁷ Pasquel, op cit, loc cit.

“...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”¹⁸

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.¹⁹

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.²⁰

La explicación económica es simple: El monopolista tiene incentivos para defender sus ingresos monopólicos. 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 competencia. 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

¹⁸ Cole, Julio. "Patentes: Costos y Beneficios" loc cit.

¹⁹ Martin, op cit, loc cit.

²⁰ Callahan, Gene "Rethinking Patent Law" www.mises.org

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 innovar.²¹

Las patentes también pueden retrasar 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.

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 teléfono 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. El resultado, es un crecimiento más lento de las redes y por tanto una reducción del valor de las mismas.²²

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 o antimonopolio. 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

²¹ Para una discusión interesante sobre este tema revisar Menell, Peter S. "Intellectual Property: General Theories" www.dklevine.com.

²² Para un desarrollo sobre este tema revisar Menell, op cit, loc cit

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 PI hubiera convertido el costoso litigio antitrust en totalmente innecesario.

Los costos de “enforcement”.

Como vimos anteriormente, una de las características de la PI 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.

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 2000²³.

4. LOS BENEFICIOS DE LA PI.

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 PI fueran suficientes como para justificarlos.

²³ Pasquel, op cit, loc cit.

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. La pregunta en realidad es si la PI vale lo que cuesta.

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 PI (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 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 para motivarlo a crear. 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.

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. Leonardo Da Vinci se esforzó de manera importante para descubrir artilugios en los que sabía no tendría nunca una exclusividad.

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.²⁴

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.²⁵ En un segundo estudio, los resultados fueron aún más negativos: en farmacéuticos y químicos se considero a las patentes esenciales en solo un tercio de los casos. En siete 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. En las industrias de equipo de oficina y vehículos motorizados, 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.²⁶

En derechos de autor, también hay varios factores que explican la creatividad, distintos a la PI. Muchos autores escriben obras por prestigio (que permiten 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 escriben libros de Derecho donde la producción

²⁴ Menell, op cit, loc cit.

²⁵ Cole, Julio. "Patentes: Costos y Beneficios." Loc cit.

²⁶ Ibid, loc cit.

académica es bastante intensa. La verdad es que, de los títulos publicados, sólo una fracción muy reducida es realmente rentable para el autor.

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).²⁷

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

²⁷ Pasquel, op cit, loc cit.

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 muerto el autor, incrementa realmente la creatividad.

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.*²⁸

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:

*“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.*²⁹

Muchas veces son los campos de protección los ridículamente exagerados. 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

²⁸ Cole, Julio. “Propiedad Intelectual: Comentarios Sobre Algunas Tendencias Recientes” www.economia.ufm.edu

²⁹ Ibid, loc cit.

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 manualidades, 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.”³⁰

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

³⁰ Cole, Julio. “Propiedad Intelectual: Comentarios Sobre Algunas Tendencias Recientes”, loc cit.

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.³¹

5. ¿POR QUE LA PI SERIA UN ROBO?

Evidentemente, el término “robo” no se esta usando en su aceptación legal. Solo se roba cuando se vulnera un derecho de propiedad legalmente definido, con lo que robar algo, depende de lo que dice la Ley. Dado que la Ley reconoce el derecho de PI, su ejercicio no es legalmente un robo. En realidad, estamos diciendo que la PI le está quitando a alguien, algo que no debería quitarle.

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. Es ésta invasión de la propiedad de otros, generada por la PI, la que debe ser tomada en cuenta para encontrarle una justificación.³²

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.

³¹ Ibid, loc cit.

³² Kinsella, op cit, loc cit.

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.

Esto se grafica en el ejemplo que usa el propio Kinsella:

“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 nuestra 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.”³³

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.

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 tangible.

³³ Ibid, loc cit.

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 PI 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.³⁴

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.³⁵

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

³⁴ Boldrin, Michel y Levine, David K. “The Case Against Intellectual Property” www.dklevine.com

³⁵ *Ibid*, loc cit.

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.³⁶

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 por qué 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. Puede además protegerla usando los secretos industriales o comerciales. Pero una vez que la incorpora al mercado, y la idea está en poder de quien adquirió el producto que la incorpora, el titular no debería tener el control de lo que se puede hacer con ella, pues estaría limitando lo que los demás podemos hacer con nuestra propia propiedad.

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 PI 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

³⁶ Boldrin, Michele y Levine, David K, "Why Napster is Right" www.dklevine.com

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. Curiosamente “pirata” es la denominación que le damos a quienes violan la PI.

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.

La autorización para asaltar y llevar a cabo actos de piratería, se 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 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.

Por ello, la pregunta de si alguien es o no un pirata, es anterior a la Ley. Creemos que en relación a la PI es una pregunta abierta y de difícil respuesta. Pero si tenemos claro que los

niveles exagerados de protección actual de algunas formas de PI, no pueden sustentarse en la supuesta función de incentivar la innovación.

Este problema 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.