

ECONOMÍA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y PATENTES ¹

1. Propiedad y propiedad intelectual

El *Copyright* es un conjunto de derechos exclusivos que regulan el uso de una expresión particular de una idea o información. Literalmente significa “los derechos de copiar” una creación original. Son derechos de duración limitada en la mayoría de los casos. Dentro del derecho anglo-sajón, un derecho exclusivo es una prerrogativa *de facto*, intangible, prevista por la ley para realizar una acción o adquirir un beneficio y permitir o denegarle a otros el derecho de realizar idéntica acción o de adquirir igual beneficio. Una “prerrogativa” constituye un derecho exclusivo, y el término es utilizado sólo para un estado oficial o sus poderes soberanos (e.d. constitucionales).

Los derechos de exclusividad pueden establecerse mediante una ley o mediante una obligación contractual, pero su alcance dependerá de en qué medida los demás están limitados por el instrumento que establece los derechos de exclusividad. Por ejemplo, si se trata de derechos contractuales, sólo aquellos que sean la contraparte de un contrato estarán afectados por la exclusividad. Estos derechos de exclusividad pueden ser concedidos tanto por una ley de propiedad, como la propiedad intelectual, y con relación a empresas de servicios públicos. Muchos analistas argumentan que tales derechos constituyen la base del concepto de propiedad.

Habitualmente el término de propiedad es aplicado a bienes tangibles, por cuyo motivo su control por otra gente que no sea el propietario es impracticable. Por ejemplo, el propietario de un terreno puede excluir a los demás de entrar al mismo y usarlo, o de tomar sus posesiones personales. Empero, un derecho de exclusividad no necesariamente es absoluto, ya que un derecho de servidumbre puede permitir cierto acceso al terreno privado.

La mayoría de los gobiernos reconocen un conjunto de derechos de exclusividad con relación a las obras de autores, a los inventos, y a las identificaciones de origen. Todos estos derechos son abarcados a menudo bajo el término paraguas *propiedad intelectual*. Uno de ellos es el *copyright* que otorga a su tenedor un derecho “negativo” a excluir a los demás de que exploten su obra creativa o artística. Lo mismo sucede con las patentes y las marcas. Los derechos de exclusividad surgen de otorgar una patente o registro de una marca, cuando en otros casos esos derechos pueden surgir por su mero uso (p.ej. marcas).

Poseer un derecho de propiedad intelectual significa en general que el tenedor del derecho puede tener cierto control en relación al tema para el cual subsiste la propiedad intelectual. Si yo compro una copia de un programa de computación sujeto a *copyright* podré usar el software para uso personal, pero me estará prohibido hacer o distribuir copias de ese software (con ciertas excepciones). Hoy hay programas de computación que solamente permiten extraer una cantidad limitada de copias (p.ej. 3 copias en el caso del *Eviews*) para una organización.

2. Historia de las leyes de copyright

Dentro de la ley de propiedad anglo-sajona, los derechos exclusivos han sido frecuentemente codificados a partir de normas preexistentes relativas a terrenos e hipotecas. En Europa continental, existe el concepto de que los *copyrights*, las patentes, etc. son codificaciones de cierto tipo de derecho moral, natural o de la persona. Estos argumentos pueden ser usados en forma consistente recurriendo a razones instrumentales, como p.ej. el Art. 1º de la Constitución de US, de que *copyrights* y patentes existen únicamente *Para promover el Progreso de las Ciencias y de las Artes útiles*.

¹ En años recientes ha habido un gran debate sobre la economía de la propiedad intelectual. Por ejemplo, ver Adam Moore, *Intellectual Property*, 2011, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/intellectual-property/>

El copyright fue inventado luego del advenimiento de la imprenta y la consiguiente extensión del alfabetismo. Su origen legal británico fue en reacción al monopolio de las imprentas a principios del siglo XVIII. El Rey de Inglaterra y Escocia, preocupado por la copia irregular de libros, utilizó sus prerrogativas reales para hacer aprobar la Licensing Act de 1662, que estableció un registro de libros permitidos requiriendo que una copia fuera depositada en la Stationers Company, lo que en esencia significó continuar con el otorgamiento de permisos que había estado mucho tiempo en efecto. El Estatuto de Ana de 1709 fue la primera ley real de copyright, concediendo al autor derechos por un período fijo, después del cual el derecho expiraba. La Convención de Berna de 1887 fijó a nivel internacional el alcance de la protección del copyright, que aún está en efecto. El copyright se ha expandido a partir de un concepto legal que regula derechos de copia de libros y mapas para tener un efecto significativo en casi toda la industria moderna, incluyendo grabaciones sonoras, películas, fotografías, software, y obras arquitectónicas.

Autores, patrones, y propietarios de obras a través del tiempo han tratado de dirigir y controlar la forma en que las copias de esas obras pueden ser usadas una vez diseminadas. El patrón de Mozart, la baronesa von Waldstätten, accedió a que las composiciones creadas para ella fueran ejecutadas, pero el patrón de Handel, el rey Jorge I, conservó celosamente la *Música Acuática*.

El copyright moderno ha sido influido por un conjunto de viejos derechos legales reconocidos a lo largo de la historia, incluyendo los derechos morales del autor que creó la obra, los derechos económicos de un benefactor que invirtió dinero para que se pudiera realizar, los derechos de propiedad de un propietario individual de una copia, y el derecho de un soberano a censurar y regular la industria de la imprenta. En Occidente, antes de la invención de la imprenta de tipos móviles, hacia mediados del s. XV, los textos eran copiados a mano. En los siglos XIV y XV hubo dos hechos determinantes para el desarrollo del copyright moderno: 1º) *la expansión del comercio en las principales ciudades europeas y la aparición de universidades laicas* que propendieron a la formación de una clase burguesa interesada en la información diaria, contribuyendo a que emergiera una esfera pública, que usaba a un empresariado de papelería a fin de producir copias de libros a pedido. 2) El desarrollo de *la imprenta de tipos móviles* y la consiguiente expansión en masa de la reproducción impresa de obras, a un costo más reducido que el de antes, cuando se trataba de una tarea tan intensiva en trabajo y costosa como producir el mismo original – por cuyo motivo la copia era relegada a escribas de monasterios. Al parecer no fueron los autores, sino los editores los que buscaron imponer restricciones a la copia de obras impresas.

La invención de la imprenta implicó la posibilidad de pagar por el trabajo literario. Empero, la rivalidad irrestricta de los editores permitió la coexistencia de ediciones no autorizadas de diversas obras, lo que disminuyó las perspectivas de pago o aún entrañó pérdidas, para autores, editores e imprenteros de la edición original, desalentándose así otros emprendimientos. Todo el que tuviera una imprenta y alguna habilidad podía usar tipos móviles para publicar libros y otros ítems. Ya no se requería más de escribas.

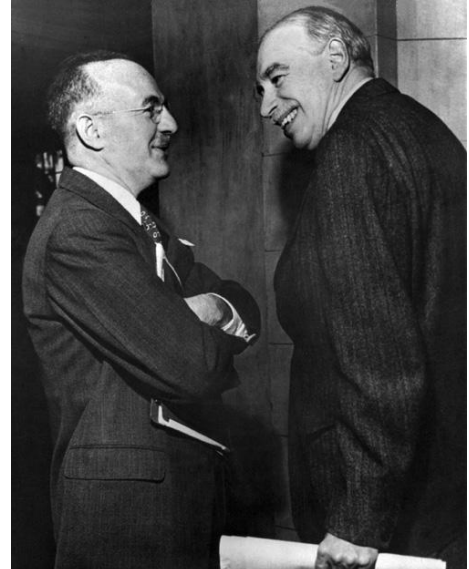
Los derechos de propiedad intelectual son considerados por los economistas como un monopolio temporario forzado por el estado (o forzado usando los mecanismos legales de reparación utilizados por el estado). Los derechos de propiedad intelectual se aplican habitualmente a bienes no rivales, es decir bienes que pueden ser usufructuados por mucha gente en forma simultánea – su uso por una persona no excluye el uso de otras. Los bienes rivales, como una prenda de vestir, éstos sólo pueden ser usados por una persona en cada momento. Por ejemplo, mucha gente puede utilizar una misma fórmula matemática en forma simultánea.

Como un bien no-rival puede ser usado (p.ej. copiado) por mucha gente en forma simultánea (producido a costo marginal cero en términos económicos), un productor no tendría incentivos a crear estos bienes. En contraste, los monopolios también tienen ineficiencias (un monopolio puro cobra más para producir una cantidad inferior a la socialmente deseable).

Establecer derechos de propiedad intelectual, entonces, fue visto como un compromiso que balancea el interés social de que se creen bienes no rivales (alentando su producción) con los problemas del poder de monopolio. Como el compromiso y los costos y beneficios relevantes para la sociedad van a depender de muchos factores específicos a cada producto y sociedad, el período óptimo de tiempo de concesión de los derechos de monopolio temporario es un asunto discutible.

Estas leyes abarcan sólo la forma o manera en que las ideas o la información se ha manifestado, su “expresión material”. No están diseñadas para abarcar las ideas, conceptos, hechos o estilos incorporados en, o representados por la obra protegida. Por ejemplo, los derechos de propiedad subsistentes con relación a Mickey Mouse prohíben que otra parte no autorizada distribuya una copia del dibujo animado o que copien o imiten el uso particular, antropomórfico, que hizo Disney del ratón, pero no prohíben la creación de obras artísticas sobre ratones antropomórficos en general, siempre que sean lo bastante diferentes como para no ser considerados una imitación del original. En algunos países o jurisdicciones, los derechos de propiedad permiten realizar trabajos de interpretación o satíricos que, a su vez, pueden obtener derecho de autor.

Hay leyes que han normatizado estos preceptos a través de convenciones internacionales (como la Convención de Berna ² en algunos países) y son exigidas por organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio (WTO – World Trade Organization). ³



John Maynard Keynes (der.) y Harry Dexter White en la Conferencia de Bretton Woods. Ambos economistas abogaron con fuerza a favor de un contexto de comercio internacional liberalizado y recomendaron establecer tres instituciones: el IMF (en cuestiones fiscales y monetarias), el Banco Mundial (en temas financieros y estructurales), y la ITO (International Economic Cooperation o agencia de cooperación internacional)

3. Un documento de la UNESCO ⁴

El enfoque habitual considera que los derechos de copyright y otros similares de protección son esenciales para promover la creatividad individual, el desarrollo de la industria cultural y la promoción de su diversidad: la piratería y el bajo nivel de cumplimiento de estas leyes destruyen los incentivos a la creación y distribución de productos culturales locales y reflejan la necesidad de esfuerzos concertados para alentar la creatividad y propulsar el desarrollo. Se expondrá en esta sección por qué cabría alentar la utilización de estos mecanismos de protección.

El derecho de autor es una ley nacional, y cada país tiene libertad para determinar la extensión con que se aplicará dentro de sus fronteras, a menos que esté obligado por un instrumento internacional. Los acuerdos internacionales que surgieron desde el siglo XIX tratan de armonizar la protección de todos los países firmantes. Las convenciones más importantes son:

- La Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886 (última revisión en 1971); ⁵
- La Convención Universal de Derechos de Autor de 1952 (última revisión en 1971); ⁶

² http://en.wikipedia.org/wiki/Berne_Convention_for_the_Protection_of_Literary_and_Artistic_Works

³ http://en.wikipedia.org/wiki/World_Trade_Organization

⁴ Suscripto en Marrakech, Marruecos, cuando se estableció la Organización Mundial del Comercio (abril de 1994). Es conocido por sus siglas TRIPS. UNESCO, Basic Notions about Copyright and Neighbouring Rights http://portal.unesco.org/culture/en/files/30671/11443368003faq_en.pdf/faq_en.pdf

⁵ http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html

⁶ <http://www.cerlalc.org/documentos/cupara.pdf>

- La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (denominada Convención de Roma);⁷
- El Acuerdo sobre Aspectos Vinculados al Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual de 1994 (Acuerdo TRIPS o ADPIC, que es la sigla de Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.)⁸;
- El Tratado de Derechos de Autor de 1996 de la Organización Mundial de Derechos de Propiedad Intelectual (WCT);⁹
- El Tratado de la Organización Mundial de Derechos de Propiedad Intelectual sobre Ejecuciones y Fonogramas (WPPT).¹⁰

En el acuerdo se reconoce que la gran diversidad de normas destinadas a proteger y a hacer respetar los derechos de propiedad intelectual y la falta de un marco multilateral de principios, normas y disciplinas relacionados con el comercio internacional de mercancías falsificadas han sido una fuente cada vez mayor de tensiones en las relaciones económicas internacionales. Se requerían normas y disciplinas para eliminar esas tensiones. A tal fin, en el acuerdo se aborda la aplicabilidad de los principios básicos del Acuerdo General y de los acuerdos internacionales pertinentes sobre propiedad intelectual, el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual adecuados, la provisión de medidas eficaces para hacer respetar esos derechos, la solución multilateral de diferencias y las disposiciones transitorias.

En la Parte I del acuerdo se establecen las disposiciones generales y los principios básicos, en particular un compromiso de trato nacional en virtud del cual se debe conceder a los nacionales de las demás partes un trato no menos favorable que el otorgado a los propios nacionales de una parte con respecto a la protección de la propiedad intelectual. Esa Parte contiene asimismo una cláusula de nación más favorecida, que es una novedad en los acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual, en virtud de la cual toda ventaja que una parte conceda a los nacionales de otro país debe hacerse extensiva inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todas las demás partes, aún cuando tal trato sea más favorable que el que otorga a sus propios nacionales.

La Parte II trata uno tras otro los distintos derechos de propiedad intelectual. En lo concerniente al derecho de autor, se exige que las partes observen las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en su última versión (París, 1971), aunque no estarán obligadas a proteger los derechos morales estipulados en el artículo 6^{bis} de dicho Convenio. El texto garantiza que los programas de computación serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna y estipula las condiciones en que las bases de datos deberían estar protegidas por el derecho de autor. Las disposiciones relativas a los derechos de arrendamiento constituyen importantes adiciones a las normas internacionales existentes en la esfera del derecho de autor y los derechos conexos. El texto exige que se confiera a los autores de programas de computación y a los productores de grabaciones de sonido el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de sus obras. Se aplica un derecho exclusivo similar a las películas cinematográficas, cuyo arrendamiento comercial haya dado lugar a una realización muy extendida de copias que menoscabe en medida importante el derecho de reproducción. En el texto también se exige que se otorgue a los artistas intérpretes o ejecutantes protección contra la grabación y difusión no autorizadas de sus interpretaciones o ejecuciones en directo (piratería). La protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de grabaciones de sonido tendría una duración de 50 años como mínimo. Los organismos de radiodifusión controlarían el posible uso sin su autorización de las señales de radiodifusión. Este derecho duraría 20 años como mínimo.

⁷ http://www.musicosderosario.org.ar/site/quienesomos/pdf/convencion_de_roma.pdf

⁸ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm

⁹ <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/>

¹⁰ http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/trtdocs_wo034.html

En lo concerniente a las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicio, el acuerdo define qué tipos de signos pueden gozar de protección en tanto que marca de fábrica o de comercio o marca de servicio y cuáles deben ser los derechos mínimos que se confieran a sus propietarios. Las marcas que hayan pasado a ser notoriamente conocidas en un país determinado gozarán de protección adicional. Además, el acuerdo estipula una serie de obligaciones con respecto a la utilización de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicio, la duración de su protección, y las licencias o la cesión de esas marcas. Por ejemplo, se prohibiría, como norma de carácter general, el requisito de que las marcas extranjeras se utilizaran junto con las marcas nacionales.

En relación con las indicaciones geográficas, el acuerdo estipula que todas las partes deberán arbitrar medios que permitan impedir la utilización de cualquier indicación que induzca al consumidor a error en cuanto al origen de los productos, así como cualquier utilización que constituya un acto de competencia desleal. Se prevé un nivel más elevado de protección para las indicaciones geográficas de los vinos y licores, que están protegidos incluso cuando no haya peligro de que el público se vea inducido a error en cuanto al verdadero origen. Se permiten excepciones en el caso de los nombres que ya han pasado a ser términos genéricos, pero el país que se ampare en esa excepción debe estar dispuesto a negociar con vistas a proteger la indicación geográfica en cuestión. Además, se prevé la celebración de negociaciones ulteriores para establecer un sistema multilateral de notificación y registro de las indicaciones geográficas de los vinos.

Los *dibujos y modelos industriales* también están protegidos por el acuerdo, durante un período de 10 años. Los titulares de dibujos y modelos protegidos pueden impedir la fabricación, venta o importación de artículos que ostenten o incorporen un dibujo o modelo que sea una copia del dibujo o modelo protegido.

En lo concerniente a las patentes, existe una obligación general de respetar las disposiciones sustantivas del Convenio de París (1967). Además, el acuerdo exige que se conceda protección durante 20 años mediante patentes a casi todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en casi todos los campos de la tecnología. Las invenciones podrán excluirse de la patentabilidad si su explotación comercial está prohibida por razones de orden público o moralidad; aparte de eso, *se permite la exclusión en el caso de los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos, y las plantas y los animales (excepto los microorganismos) y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales (que no sean procedimientos microbiológicos)*. No obstante, las obtenciones vegetales deben ser susceptibles de protección mediante patentes o mediante un sistema *sui generis* (como el previsto en el Convenio de la UPOV para los derechos del obtentor). Se establecen condiciones detalladas para la concesión de licencias obligatorias o el uso por el gobierno de patentes sin la autorización de sus titulares. Los derechos conferidos respecto de las patentes de procedimientos deben hacerse extensivos a los productos directamente obtenidos por el procedimiento; en determinadas condiciones, un tribunal puede ordenar a los supuestos infractores que demuestren que no han utilizado el procedimiento patentado.

En lo concerniente a la protección de los esquemas de trazado de los circuitos integrados, el Acuerdo exige que las partes otorguen protección sobre la base del Tratado de Washington sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados abierto a la firma en mayo de 1989, pero con varias adiciones: debe ofrecerse protección durante un período mínimo de 10 años; los derechos deben hacerse extensivos a los artículos que incorporen esquemas de trazado infractores; los infractores inocentes deben ser autorizados a utilizar o a vender el producto en existencia o pedido antes de tener conocimiento de la infracción, contra el pago de una regalía razonable; y la concesión de licencias obligatorias y el uso por los gobiernos sólo se autoriza cuando se haya cumplido una serie de condiciones rigurosas.

Los secretos y conocimientos técnicos comerciales que tengan valor comercial deberán protegerse del abuso de confianza y otros actos contrarios a los usos comerciales honestos. Los datos de pruebas presentados a los gobiernos con el fin de obtener la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas también deben protegerse contra todo uso comercial desleal.

La última sección de esta parte del Acuerdo se refiere a las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales. Prevé la celebración de consultas entre gobiernos cuando haya motivos para considerar que las prácticas o condiciones de concesión de licencias relacionadas con los derechos de propiedad intelectual constituyen un abuso de esos derechos y tienen un efecto negativo sobre la competencia. Los recursos contra tales abusos deben ser compatibles con las demás disposiciones del Acuerdo.

En la Parte III del acuerdo se estipula que los gobiernos miembro están obligados a establecer en su respectiva legislación nacional procedimientos y recursos para garantizar eficazmente el respeto de los derechos de propiedad intelectual tanto por los titulares extranjeros de los derechos como por sus propios nacionales. Los procedimientos deberían permitir la adopción de medidas eficaces contra las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, pero deben ser justos y equitativos y no deben ser innecesariamente complicados o gravosos ni comportar plazos no razonables o retrasos indebidos. Deben permitir una revisión judicial de las decisiones administrativas finales. No hay obligación alguna de instaurar un sistema judicial distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni dar prioridad a la observancia de los derechos de propiedad intelectual en la asignación de los recursos o del personal ¹¹.

Los procedimientos y recursos civiles y administrativos establecidos en el texto incluyen disposiciones relativas a pruebas, mandamientos judiciales, daños, así como a otros recursos, entre los que figura el derecho de las autoridades judiciales a ordenar que las mercancías infractoras sean apartadas de los circuitos comerciales o destruidas. Las autoridades judiciales deben estar facultadas asimismo para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular de los derechos, o cuando haya probabilidad de que se destruyan las pruebas. Otras disposiciones se refieren a las medidas que han de adoptarse en la frontera para la suspensión del despacho de aduana por las autoridades aduaneras, para su circulación en el país, de mercancías falsificadas o pirata. Por último, las partes deben establecer procedimientos o sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de usurpación dolosa de derechos de autor a escala comercial. Los recursos deben comprender la pena de prisión y sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias.

El Acuerdo establece un Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio encargado de supervisar la aplicación del Acuerdo y su cumplimiento por los gobiernos. La solución de diferencias se lleva a cabo de conformidad con el procedimiento integrado de solución de diferencias del GATT, revisado en la Ronda Uruguay.

¹¹ Cabe observar que en Venezuela se aprobó recientemente una reforma constitucional que eliminó la propiedad intelectual como derecho cultural, según surge del cable siguiente: "Jueves 18 de octubre 2007. - Durante la tercera discusión de la Asamblea Nacional para discutir la propuesta de Reforma Constitucional, se aprobó la reforma al artículo 98, que elimina la propiedad intelectual como derecho cultural y remueve a nivel constitucional las obligaciones del Estado a defenderla, pero mantiene la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. En su versión final, se establece que "La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la diversidad cultural en la invención, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá los derechos de todos y todas a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico, tecnológico y en los beneficios que de él resulten."

En lo concerniente a la aplicación del Acuerdo, éste prevé un período de transición de un año para que los países desarrollados pongan de conformidad con él su legislación y sus prácticas. Los países en desarrollo y los países que se hallaran en proceso de transformación de una economía de planificación central a una economía de mercado tienen un período de transición de 5 años, y los países menos adelantados, un período de 11 años. Los países en desarrollo que en la actualidad no brindan protección mediante patentes de productos en un sector de tecnología tendrían hasta 10 años para establecer esa protección. No obstante, en el caso de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, esos países deben aceptar la presentación de solicitudes de patentes desde el comienzo del período de transición. Aunque es posible que la patente no se conceda hasta finalizar ese período, la novedad de la invención está protegida a partir de la fecha de presentación de la solicitud. En caso de que se obtenga durante el período de transición una autorización para comercializar el producto farmacéutico o el producto químico para la agricultura de que se trate, el país en desarrollo en cuestión debe ofrecer un derecho exclusivo de comercialización del producto durante 5 años, o hasta que se conceda una patente de producto si este último período fuera más breve.

Con reserva de algunas excepciones, la norma general es que las obligaciones del Acuerdo se aplicarán tanto a los derechos de propiedad intelectual existentes como a los nuevos.

El Acuerdo ADPIC y los medicamentos El Acuerdo ADPIC concede a los países en desarrollo un período general de transición de 5 años (hasta 2000) para modificar su legislación sobre patentes de conformidad con estas nuevas normas. Mientras que los países en desarrollo que aún no concedieran protección mediante patentes para los productos farmacéuticos sobre los ADPIC disponen de un plazo de 10 años (hasta 2005) para hacer ese cambio, los países menos adelantados disponen de 11 años, con posibilidades de prórroga, para armonizar su normativa con las nuevas obligaciones internacionales.

En los países que no otorgaban protección por patente a los productos farmacéuticos en enero de 1995, el Acuerdo se aplicará únicamente a los medicamentos nuevos para los cuales se haya solicitado patente después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. Esas solicitudes de patentes para productos farmacéuticos se almacenan hasta que entren en vigor las leyes nacionales sobre patentes modificadas. Al término del período de transición deberá procederse al examen de la solicitud, con arreglo a las condiciones que establece el Acuerdo. Si la solicitud es aceptada, se concederá una patente por el resto del período de duración de 20 años a contar desde la fecha de presentación de la solicitud. En caso de que la invención obtenga una autorización de comercialización antes de la entrada en vigor de la nueva normativa sobre patentes, y si otro Estado Miembro ya ha concedido protección por patente a la misma invención, el propietario de la invención podrá tener derechos exclusivos de comercialización por un plazo máximo de 5 años hasta que se decida conceder o denegar la patente solicitada.

4. Necesidades de salud pública y patentes de medicamentos

El Acuerdo impone a todos los Estados Miembro de la OMC la obligación de conceder patentes para productos farmacéuticos o invenciones de procedimientos por un período de duración mínimo de 20 años. Aunque la protección por patente puede acarrear beneficios sociales a través del descubrimiento de nuevos medicamentos, las normas del Acuerdo sobre los ADPIC se derivan de las de los países industrializados, y no son necesariamente las adecuadas al nivel de desarrollo de todos los países. Por esta razón, deben ser tenidos en cuenta los intereses de la salud pública a la hora de aplicar el Acuerdo.

El Acuerdo deja cierta libertad a los Estados Miembro para modificar sus normativas. Los términos *invención* y *descubrimiento* no se definen en el Acuerdo, pero la manera en que se definan podría tener consecuencias importantes en el campo de la biotecnología. El Acuerdo declara que los Estados Miembro pueden prever en su legislación excepciones limitadas a los derechos

exclusivos del titular de la patente. Las autoridades nacionales podrán, dentro de los términos que establece el Acuerdo, expedir licencias obligatorias contra la voluntad del propietario de la patente, cuando el interés público lo justifique. El Acuerdo no prohíbe las importaciones paralelas. Éstas restablecen la competencia de precios para los productos patentados al permitir la importación (sin el consentimiento del titular) de productos patentados idénticos que hayan sido fabricados a un precio más bajo en otro país.

Los Estados Miembro deben ser conscientes de estas posibilidades cuando modifiquen su legislación. La estrategia de cada país en lo que respecta a la globalización de la producción y distribución de medicamentos deberá incorporarse a su política farmacéutica nacional, que es un elemento de la política sanitaria nacional. Es esencial que cuantos intervienen en este sector comprendan lo que está en juego y tomen parte activa en las reformas de las normativas sobre propiedad intelectual en curso.

Por consiguiente, los dispensadores y gestores de atención sanitaria deben tener presente que:

- El Acuerdo sobre los ADPIC establece unas normas mínimas en el ámbito de la propiedad intelectual
- Todos los Miembros de la OMC están obligados a cumplir esas normas modificando sus reglamentaciones nacionales
- Los intereses de la salud pública deben ser tenidos “muy en cuenta” a la hora de aplicar el Acuerdo sobre los ADPIC.

En materia farmacéutica, las actividades de I&D en el sector privado argentino son limitadas. Las razones que explican el bajo nivel de gastos en I&D están probablemente ligadas a un amplio número de factores relacionados con disfunciones en el sistema nacional de innovación y en la estructura política y económica argentina. La inestabilidad económica que prevaleció durante los 1970s y 1980s afectó negativamente la tasa general de inversión de la economía argentina, incluyendo las actividades de innovación.

La mayor parte de la I&D sobre productos que se realiza en firmas argentinas dedicadas a la producción y venta de fármacos se focaliza en el desarrollo experimental, tales como nuevas combinaciones de drogas conocidas, y nuevas dosificaciones y formas farmacéuticas de productos ya existentes. Sin embargo, algunas firmas han realizado investigación de nuevos productos, por ejemplo, para desarrollar productos biotecnológicos basándose en la información científica disponible (como en el caso del interferón), nuevas formas de administración de drogas (ej. aplicaciones transdérmicas). Se han detectado algunas implicancias de las tendencias de globalización en I&D para los países en desarrollo: más que una globalización real de la I&D se puede observar una limitada distribución geográfica de tales actividades en los países industrializados, siendo aún escasa la I&D de las empresas multinacionales en los países en desarrollo. La industria farmacéutica argentina se ha desarrollado considerablemente y concentra su actividad innovadora en actividades relacionadas con la formulación y administración de medicamentos. La introducción de la Ley de Patentes favorecerá poco la I&D en el país, dados el tamaño de las firmas existentes y la importancia de las economías de escala en tales actividades. En consecuencia, algunos analistas estiman que, como en muchos países desarrollados y en desarrollo, el Estado debería adoptar programas más activos para expandir la I&D y asegurar la viabilidad de la industria farmacéutica local en el contexto de la protección patentaria.¹²

En Argentina, el *Derecho de autor*¹³ está enmarcado, en principio, en el artículo 17 de la Constitución que expresa que *Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o*

¹² Carlos M. Correa, Investigación y desarrollo en la industria farmacéutica. El caso argentino, Revista Espacios. Vol. 22 (1) 2001. <http://www.revistaespacios.com/a01v22n01/10012201.html>

¹³ http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_de_autor

descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La Ley 11723 regula el régimen Legal de la Propiedad Intelectual. ¹⁴ El artículo 5 de esta ley dice que "La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta *setenta* años contados a partir del 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del autor". En el caso de obras realizadas en colaboración, el plazo se cuenta desde el 1 de enero del año siguiente a la muerte del último de los autores. Si el autor no dejara herederos, los derechos pasan directamente al Estado Argentino por el mismo plazo que estipula la ley.

Argentina adhiere a la mayoría de los tratados y acuerdos internacionales de propiedad intelectual. Es miembro de la organización mundial de la propiedad intelectual y ha firmado los acuerdos de Uruguay en 1993, incluyendo medidas relacionadas con propiedad intelectual. Sin embargo, la extensión de protección de patentes a las compañías farmacéuticas ha sido un tema contencioso bilateral. En mayo de 1997, los Estados Unidos suspendieron el 50% de los beneficios GSP de Argentina, debido a su insatisfactoria ley de patentes farmacéuticas. En mayo de 1999, el gobierno de US inició consultas bajo procedimientos de la Organización Mundial del Comercio para tratar esta situación y expandir las consultas en mayo del 2000.

Argentina integra una "lista negra" internacional en materia de patentes medicinales. La postura de los Trabajadores de Marcas y Patentes reza así ¹⁵: "Los trabajadores de marcas y patentes de la Argentina agrupados en la COT-MPI hemos aprendido en el transcurso de los años que la propiedad intelectual no es más que un instrumento de dominación al servicio de los intereses de las grandes corporaciones, especialmente farmacéuticas, utilizado en toda Latinoamérica y el mundo para extorsionar a los gobiernos en la aplicación de políticas contrarias a los intereses de los pueblos. La concesión de patentes a productos medicinales es una flagrante agresión a los derechos inalienables de los seres humanos en su acceso a medicinas esenciales para su subsistencia... La trampa en la que han caído los países en desarrollo en el año 1994, al adherir al infame acuerdo sobre los ADPIC, ha generado un verdadero genocidio provocado por la aplicación de nuevas leyes nacionales de propiedad intelectual que han impedido año tras año el tratamiento de millones de enfermos de HIV/SIDA, y no ha impulsado la eliminación de enfermedades endémicas que no son del interés del capitalismo... El costo elevado de los precios de los medicamentos es el resultado de la concesión de monopolios creados artificialmente por las patentes y requieren de las oficinas de propiedad industrial para legalizar el comienzo de la cadena de saqueo y genocidio sobre los pueblos... La decisión soberana de la República Bolivariana de Venezuela de aplicar la vigente Ley de Propiedad Industrial es una muestra más del aporte que el Pueblo y Gobierno Venezolanos realizan a la defensa de los Derechos Humanos relacionados con la salud pública. Por este motivo expresamos nuestra ferviente solidaridad con el hermano Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (MPPILCO-SAPI) y sus trabajadores."

5. Economía del Derecho de la Propiedad Intelectual

En años recientes hubo múltiples análisis de economistas sobre el tema de la propiedad intelectual, sobre ventajas y desventajas de su protección por el estado.

Kenneth Arrow mantiene que en general la eficiencia económica requiere que el gobierno sostenga a las actividades de innovación y creación ¹⁶. Pero existe una tradición disidente que

¹⁴ <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>

¹⁵ Publicado: Octubre 2, 2008.

¹⁶ Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, NBER, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton University Press, 1962. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18149&Itemid=0

argumenta que cualquier acción del gobierno, incluso la de otorgamiento de derechos de autor y patentes, es innecesaria a fin de estimularlas ¹⁷.

En comparación con el impacto de la economía en otras áreas, como la tributaria y la anti-monopolística, los escritos de los economistas en el campo de la propiedad intelectual han tenido un efecto considerablemente menor. Besen y Raskind han descrito algunos de los trade-offs involucrados. ¹⁸ Un tratamiento del tema desde el punto de vista del análisis económico del derecho moderno puede ser consultado en el tratado de Kaplow y Shavell ¹⁹.

El *objetivo* de la protección a la propiedad intelectual es crear incentivos que maximicen la diferencia entre el valor de la propiedad intelectual creada y utilizada y el costo social de su creación, incluyendo los costos administrativos. Esto significa que:

1º) Los productores privados tienen un incentivo de innovar solamente si reciben un rendimiento apropiado. Esto dependerá de si pueden apropiarse al menos de una parte del valor que estas obras representan para sus usuarios. Por ejemplo, como señala Arrow, los productores pueden ser incapaces de capturar una tajada suficiente del valor de sus innovaciones si otros productores pudieran copiar fácilmente o clonar un nuevo producto. Un caso similar es si hay una extensa copia por usuarios privados en los casos de creadores de periódicos, software de computación y videocassettes. Ello no dará lugar a que tenga lugar la cantidad socialmente óptima de actividad creativa. Los incentivos también pueden ser afectados si las leyes permiten a otros que innoven fácilmente “en torno” a una innovación dada, o que produzcan complementos de la misma.

Aquí la *discriminación de precios* permite a los productores apropiarse de una mayor porción de los beneficios sociales resultante de sus innovaciones, y algunas innovaciones que no se hubieran dado tengan lugar. Por ejemplo: cobrar tarifas de suscripción diferentes a los individuos y a las bibliotecas; establecer el pago de derechos en función del número de usuarios de software de computación; y fijar precios diferenciados para las versiones encuadernada y en rústica de un libro, que no reflejan diferencias de costos de producción. Cabe notar empero que las doctrinas de “primera venta” y de “agotamiento” impiden que los propietarios de patentes y derechos de autor impongan condiciones de reventa, limitando su capacidad de discriminar precios.

2º) Existe el problema de si la actividad de innovación tiene lugar a *costo mínimo*. El costo de crear nuevas ideas va a depender muchas veces de la medida en que los innovadores puedan hacer uso de obras anteriores. La ley de derechos de autor limita el uso dándole al creador el derecho no sólo a su propia creación sino también a todas las “obras derivadas”, lo que puede terminar aumentando los costos de los innovadores subsiguientes. Como el sistema de patentes es uno en el cual “el ganador se lleva todo” puede que resulte una competencia exagerada por la patente y por innovaciones futuras basadas en ella. En una carrera de patentes con dos empresas que buscan patentar el mismo invento los gastos combinados de ambas firmas pueden resultar de esa forma superiores al de una sola, y también al gasto socialmente óptimo ²⁰.

¹⁷ Por ejemplo S. Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, Harvard Law Review, 84, 1970. Ver el resumen de wikipedia en: http://en.wikipedia.org/wiki/The_Uneasy_Case_for_Copyright

¹⁸ Stanley M. Besen and Leo J. Raskind, *An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property*, The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, Issue 1, Winter 1991. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=8349&Itemid=0

¹⁹ Louis Kaplow and Steven Shavell, *Economic Analysis of Law*, 1999, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 251, 3.7 Properties Rights in Information http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=harvard_olin&sei-redir=1#search=%22gravelle%20accidents%20allocation%20legal%20costs%20an%20uninformed%20court%22

²⁰ P. Dasgupta and J. Stiglitz, *Industrial Structure and the Nature of Innovative Activities*, Economic Journal, 90, 1980. <http://www.nber.org/papers/r0124>

3º) Una última cuestión es apreciar *si el sistema de propiedad intelectual otorga un balance adecuado a la creación y diseminación de la propiedad intelectual*. Proveer incentivos puede alentar a que los recursos sean dedicados a la actividad de innovación. Sin embargo, si las innovaciones no son utilizadas, el sistema puede terminar siendo menos beneficioso que uno con menor creatividad, pero en donde los materiales creados sean diseminados en forma más amplia. Este aspecto tiene que ver con la duración óptima de las patentes ²¹. Otro elemento crítico en buscar el balance entre creatividad y diseminación es en qué medida la actividad creativa responde a recompensas económicas.

6. Patentes: legislación argentina

Una patente puede ser otorgada sobre un nuevo proceso que resulte de utilidad, una máquina, una fabricación, una composición de materia, diseño de planta, o de un artículo o de una fabricación. El derecho a una patente es el instrumento más poderoso de un sistema de propiedad intelectual, que permite al tenedor excluir a otros de hacer, vender o usar el artículo patentado por un período de hasta 20 años. Durante la vida de la patente, cualquier utilización del artículo patentado requiere permiso del tenedor de la patente, habitualmente mediante el pago de una *regalía*. Al término del período de protección, el objeto patentado pasa al dominio público,²² sin leyes que restrinjan su uso por el público en general. Como ya se afirmó, la idea expresada en la creación de un trabajo no puede estar sujeta a leyes de derecho de autor. Esto corresponde a lo que se denomina división idea-expresión. Una fórmula matemática será luego de dominio público, en la medida que su expresión bajo la forma de un software no esté cubierta por un copyright. Empero un algoritmo puede estar sujeto a una patente de software en algunos países. Existe un intenso debate acerca de si el software es patentable.

La *Ley de Patentes y Modelos de Invención* (Ley 24.481 con modificaciones, 1996) contiene entre sus disposiciones las siguientes:

Una patente, para ser otorgada, debe abarcar un nuevo invento, útil y que no resulte obvio para una persona de capacidad normal dentro del campo en que se aplica. Luego, el inventor debe convencer al empleado de la Administración Nacional de Patentes del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de la *patentabilidad* de su invención, considerando que ésta es “toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre”, y que debe reunir los siguientes requisitos: ser novedosa, es decir “que no esté comprendida en el estado de la técnica” ²³ ; que “habrá actividad inventiva cuando el proceso creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente”; que habrá “aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial, entendiéndose al término industria como comprensivo de la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios”.

²¹ William D. Nordhaus, *Innovation, Growth and Welfare, A Theoretical Treatment of Technological Change*, MIT Press, 1969. También William D. Nordhaus, *An Economic Theory of Technological Change*, *American Economic Review*, Papers and Proceedings, 51, 1969.

http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=2703&Itemid=0

²² Una obra pertenece al dominio público si los derechos de propiedad intelectual han expirado, si se han perdido, o si no está cubierta por derechos de propiedad intelectual.

²³ Por estado de la técnica deberá entenderse “el conjunto de conocimientos técnicos que se han hechos públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero.”

No se considerarán invenciones a los efectos de esta ley: a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos; b) Las obras literarias o artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas; c) Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de computación; d) Las formas de presentación de información; e) Los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano y los relativos a animales; f) La yuxtaposición de invenciones conocidas o mezclas de productos conocidos, su variación de forma, de dimensiones o de materiales, salvo que se trate de su combinación o fusión de tal manera que no puedan funcionar separadamente o que las cualidades o funciones características de las mismas sean modificadas para obtener un resultado industrial no obvio para un técnico en la materia; g) Toda clase de materia viva y sustancias preexistentes en la naturaleza.

El derecho a la patente pertenecerá al inventor o sus causahabientes, quienes tendrán derecho de cederlo o transferirlo por cualquier medio lícito y concertar contratos de licencia. La patente conferirá a su titular los siguientes derechos exclusivos: a) Cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto objeto de la patente; b) Cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el titular de una patente de procedimiento tendrá derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.

El solicitante podrá mencionar en su solicitud el nombre del o de los inventores y pedir que se lo incluya en la publicación de la solicitud de patente, en el título de propiedad industrial que se entregue y en la publicación de la patente o modelo de utilidad que se realice. El titular de la patente que de cualquier modo tomara conocimiento de la importación de mercaderías en infracción a los derechos que le acuerda la Ley se encontrará legitimado para iniciar las acciones en sede administrativa o judicial que legalmente correspondan. Salvo prueba en contrario se presumirá que el *inventor* es la persona que se designe como tal en la solicitud de patente o de certificado de modelo de utilidad. El inventor tendrá derecho a ser mencionado en el título correspondiente.

Disputa en tribunales Si el titular de una patente cree que la misma ha sido infringida, puede entablar un juicio en contra de aquellos que hicieron, usaron o vendieron el producto. El tribunal puede decidir interpretar el reclamo de la patente en forma literal, o invocar una “doctrina de equivalentes” cuando existe identidad sustancial y funcional entre los reclamos de los tenedores y la situación del ítem en cuestión.

El supuesto infractor puede defenderse de cuatro maneras: a) cuestionando la validez de la patente como si hubiera sido otorgada en forma carente de previsión, es decir, sin los requisitos de novedad y carencia de obviedad; b) invalidando la patente por conducta fraudulenta, por ejemplo por haberse distorsionado la situación previa de la tecnología en la solicitud de la patente; c) la patente no es válida si el invento había sido patentado o descrito en una publicación impresa del país o del exterior, o si estaba en venta o en uso público más de un año antes que la fecha de solicitud de patente; d) si se verificó un uso incorrecto de la patente.

7. Patentes, Propiedad Intelectual y crecimiento económico

Algunos economistas (como Luigi Pasinetti) argumentan que la existencia de derechos de propiedad intelectual puede resultar un obstáculo para los países en desarrollo. “Es evidente que las posibilidades de *catch up* con los estándares de vida del mundo desarrollado dependen fuertemente de su capacidad de *catch up* con el conocimiento técnico mundial. Esto inducirá en

forma lógica una libre disponibilidad de bienes inmateriales como la propiedad intelectual”²⁴. Otros autores²⁵ recuerdan que en 1957 Robert Solow demostró que el progreso técnico – y no solamente insumos factoriales como el capital y el trabajo – daba cuenta del crecimiento económico²⁶. La Productividad total factorial (TFP) es el residuo de crecimiento luego de restar al crecimiento real del producto el crecimiento de sus factores e incluye innovación y aplicación de tecnologías. Entre 1970 y 1990 la TFP fue el factor conducente al mayor crecimiento mundial (dio cuenta de 41% del crecimiento total, en comparación con 38% del capital y 21% del trabajo). Un estudio similar de FIEL para la década de 1990 en la Argentina encontró que, entre 1991 y 1998 la TFP fue la fuente principal de crecimiento de la así llamada “economía de negocios” (dio cuenta de 57% del crecimiento total) mientras que resultó algo inferior para la economía en su conjunto (45 %) ²⁷. Un documento más reciente²⁸ usando una muestra más extensa (1980-2009) indica que, mediante una función de producción agregada de rendimientos a escala constantes de tipo Cobb-Douglas, el crecimiento reciente de TFP registró una tasa más reducida que la verificada durante el período de convertibilidad (resultando comprendida entre 1.6% y 1.9%, en este último caso al separarse los trabajadores formales y los informales).

Varios estudios han explorado las relaciones entre crecimiento económico, innovación y propiedad intelectual (PI)²⁹. La evidencia empírica demuestra el valor de la PI generando crecimiento económico, especialmente en economías basadas en los conocimientos, donde juega un rol fundamental en las decisiones de inversión en innovación. Además de contribuir a la productividad y a la rentabilidad, la PI y las patentes tienen un valor monetario que, como activos intangibles, agregan valor al balance de las empresas.

La PI es de importancia crítica en los sectores intensivos en investigación y desarrollo, como las industrias de las ciencias de la vida. En ellas las patentes resultan críticas para la competencia, y deben realizarse inversiones cuantiosas para institucionalizar la generación de PI e innovación.

En Estados Unidos fue adoptado un enfoque estratégico, creándose una infraestructura de PI. En Japón existe un fuerte liderazgo para convertir a Japón en una “nación PI”. Recientemente China ha desarrollado un sistema de PI, aunque todavía presenta flancos débiles. En la comunidad europea, el panorama es menos alentador dado que el sistema de patentes continúa siendo fragmentado y costoso, no existe un sistema comunitario de patentamiento y, hasta cierto punto, hay resistencia a reconocer la importancia de la PI. En cambio en Gran Bretaña y en los países nórdicos hay una tradición de buena práctica en la materia. La Agenda de Lisboa formuló el objetivo de tener economías basadas en el conocimiento a un nivel de liderazgo, pero el progreso

²⁴ Luigi Pasinetti, *Proprietà Intelletuale e Cyberspazio*, Contribution to the Debate, in Berie di Argentine, Camilla (ed.), *Proprietà Intelletuale e Cyberspazio*, Proceedings of a Conference held at Stresa, May 2001). http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=6846&Itemid=0

²⁵ Rifat Atun, Ian Harvey, and Joff Wild, *Innovations, Patents, and Economic Growth*, Imperial College, London, Tanaka Business School, 2006.

http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=9647&Itemid=0

²⁶ Robert Solow, A Contribution to the Theory of Growth, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 70, No. 1 (Feb., 1956), pp. 65-94.

http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=15364&Itemid=0

²⁷ FIEL, *Productividad, Competitividad y Empresas – Los Engranajes del Crecimiento*, Capítulo 2. Julio de 2002. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=106&Itemid=0

²⁸ Daniel Artana, Enrique Bour, Juan Luis Bour, and Nuria Susmel, *Terms of Trade and Economic Growth in Argentina: The Recent Experience*, August, 2011.

²⁹ Por ejemplo Z. Griliches, *Returns to R&D Expenditures in the Private Sector*, *New Developments in Productivity Measurement* (Kendrick and Vaccara eds.), Chicago, 1980. Para una reseña de las contribuciones de Griliches ver Arthur M. Diamond, Jr., *Zvi Griliches's Contributions to the Economics of Technology and Growth*, *Econ. Innov. New Technol.*, Vol. 13(4), June 2004.

http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=9488&Itemid=0

realizado fue escaso. La comunidad europea tenía cierta ventaja en la industria de las ciencias de la vida, pero esta ventaja parece haberse perdido.³⁰

Si bien disponer de mayores fondos es un requisito necesario al fin de alentar más I&D e innovación en las pymes, universidades y grandes empresas, no resulta suficiente ya que es necesario acoplarlo con un sistema que aliente el desarrollo y comercialización de productos de la investigación, e incentivos apropiados para recompensar a las organizaciones que inviertan recursos sustanciales en el desarrollo y comercialización de nuevas tecnologías.

En el campo de los programas y algoritmos de computación, software, pantallas de computación, y chips semiconductores han tenido lugar muchos de los recientes litigios en Estados Unidos. La Ingeniería en Reverso³¹ es el proceso de descubrir los principios tecnológicos de un mecanismo u objeto o sistema por medio del análisis de su estructura, función y operación. Muchas veces consiste en tomar un componente electrónico o un programa de software y analizar su funcionamiento detalladamente y por separado, tratando de fabricar un nuevo aparato o programa que haga lo mismo sin copiar al original. En varios países, como en Estados Unidos, la IR del artefacto o proceso es considerada legal, aún cuando el artefacto o proceso esté protegido por el secreto comercial y siempre que se obtenga por medios legítimos. Como con el caso de los Tupolev Tu-4 de los soviéticos, una copia casi perfecta de los aviones de bombardeo estratégico B-29 (tres aviones de US de este tipo tuvieron que aterrizar en la ex-URSS en el curso de una misión a Japón y en pocos años los soviéticos obtuvieron copias casi perfectas de los mismos), el campo de operación de la IR a menudo está en los productos militares³².

Una marca registrada (*trademark*)³³ es un signo o indicador distintivo usado por un individuo, organización comercial u otra entidad legal para identificar unívocamente la fuente de sus productos o servicios a sus consumidores, y distinguirlos de los de otros productores. Constituye una propiedad intelectual de cierto tipo, que habitualmente incluye un nombre, palabra, frase, logo, símbolo, diseño, imagen, o una combinación de estos elementos. A diferencia de las patentes y los derechos de autor, no hay fundamentos constitucionales para que sean protegidas. En comparación con las leyes de marca registrada, las leyes de patentes buscan proteger invenciones nuevas y útiles, y las leyes de diseño registrado buscan en general proteger la apariencia de un artículo fabricado. Las marcas registradas, las patentes y los diseños componen en forma conjunta una parte de la propiedad intelectual conocida como propiedad industrial porque a menudo son creados y utilizados en un contexto industrial o comercial.

En cambio, las leyes de copyright buscan proteger la originalidad literaria, artística, etc. de los trabajos creativos. Una marca registrada no tiene plazo (si es re-registrada) mientras que los derechos de autor extienden la duración por la vida del autor más 70 años.

Un secreto comercial es una fórmula, práctica, proceso, diseño, instrumento, patrón, o compilación de información utilizada por un negocio para conseguir una ventaja sobre sus competidores o clientes.³⁴ En algunos países, estos secretos son calificados como “información confidencial”. Una empresa puede proteger su información confidencial por medio de contratos de “no revelación” con sus empleados (dentro de las restricciones de las leyes de contrato de trabajo, siempre que ello sea razonable en términos de geografía y tiempo). La ley de protección de la información confidencial permite un monopolio perpetuo de la información secreta – a diferencia de la patente.

³⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Lisbon_Strategy

³¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Reverse_engineering

³² Pamela Samuelson and Suzanne Scotchmer, The Law and Economics of Reverse Engineering, The Yale Law Journal, Vol. 111, April 2002.

http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=9648&Itemid=0

³³ <http://en.wikipedia.org/wiki/Trademark>

³⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Trade_secret

Pero como se carece de protección formal, esto implica que un tercero podría duplicar en forma independiente la información y utilizarla una vez descubierta.

Las especificaciones de los formatos *DVD-R*, *DVD-RW*, *DVD-Video*, *DVD-RAM* y otros de los discos digitales de video son secretos industriales. Estos formatos fueron creados por un grupo de compañías de tecnología y entretenimiento en 1995. El formato es la forma en que un aparato graba y lee los datos en el medio de almacenamiento óptico DVD, similar a un disco compacto pero con mayor capacidad. Para poder fabricar un dispositivo que lea o grave DVDs en estos formatos, o los discos mismos, se requiere conocer información técnica que está contenida en unos llamados *Format Books*, cuya circulación está restringida. Para acceder a un ejemplar de un *Format book* se debe firmar un *acuerdo de confidencialidad* con la DVD Format/Logo Licensing Corporation en Tokio y negociar un contrato para el pago de regalías según la cantidad de dispositivos que se fabriquen. El contrato también incluye el uso de un logotipo registrado como *marca* que puede ir en los dispositivos para certificar que cumplen con este formato. El acuerdo de confidencialidad obliga a quien lo firma a no divulgar la información del formato, que se mantiene exclusiva.

Hay un interés contemporáneo creciente en la economía de la propiedad intelectual. El ritmo del cambio tecnológico de las últimas décadas ha obligado a las leyes de propiedad intelectual a incursionar en áreas desconocidas y difíciles, agotando la capacidad de tribunales y legislaturas. ¿Cómo deberían ser protegidas las innovaciones vinculadas con los chips de semiconductores o con software de computación? ¿Las formas de vida creadas por la ingeniería genética podrán ser patentadas? ¿Bajo qué circunstancias la copia de un show televisivo para uso hogareño infringe los derechos de los productores del mismo?

Cualquiera sea la respuesta, ésta afectará los estándares de vida en el futuro y la competitividad de una economía, porque, después de todo, el régimen de propiedad intelectual establece los incentivos para la innovación y el cambio tecnológico.

8. El punto de vista libertario en contra de la propiedad intelectual

En esta sección se pasará revista al punto de vista de un conocido abogado libertario, Stephan Kinsella.³⁵ Las opiniones libertarias sobre la propiedad intelectual comprenden desde el completo apoyo a la protección más estricta imaginable a la oposición total a estos derechos. La mayor parte del debate se refiere a las patentes y derechos de autor; como veremos a continuación, las marcas registradas y los secretos industriales son menos problemáticos. Así, nos centraremos principalmente en la legitimidad de los derechos de autor y patentes. Los argumentos a favor de la propiedad intelectual pueden dividirse en iusnaturalistas y utilitaristas. Los libertarios partidarios de la propiedad industrial tienden a adoptar la primera justificación. Por ejemplo, entre los libertarios iusnaturalistas, o al menos no explícitamente utilitaristas, partidarios de la propiedad intelectual, se incluye en mayor o menor medida a Galambos, Schulman y Rand.³⁶ Entre los precursores de los

³⁵ A continuación se sigue el tratamiento de N. Stephan Kinsella, *Against Intellectual Property*, 2008. Ludwig von Mises Institute. <http://mises.org/books/against.pdf> Versión en español de Mariano Bas Uribe: http://www.liberalismo.org/articulo/329/69/57/propiedad/intelectual/#_ftnref25

³⁶ Andrew J. Galambos, *The Theory of Volition*, vol. 1, ed. Peter N. Sisco (San Diego: Universal Scientific Publications, 1999); J. Neil Schulman, *Informational Property: Logorights*, *Journal of Social and Biological Structures* (1990) <http://www.pulplless.com/bp21samp/logorite.html>; y Rand, *Patents and Copyrights*, Otros objetivistas (randianos) que apoyan la propiedad intelectual son George Reisman, *Capitalism: A Treatise on Economics* (Ottawa, Ill.: Jameson Books, 1996), pp. 388–89 http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16873&Itemid=0; Murray I. Franck, Ayn Rand, *Intellectual Property Rights, and Human Liberty*, 2 cintas de audio, lecciones del Institute for Objectivist Studies; *Laissez-Faire Books* (1991); Murray I. Franck, *Intellectual Property Rights: Are Intangibles True Property*, *IOS Journal* 5, n° 1 (Abril 1995); y Murray I. Franck, *Intellectual and Personality Property*, *IOS Journal* 5, n° 3 (Septiembre 1995), p. 7, en respuesta a Kinsella, *Letter on Intellectual Property*

libertarios modernos tanto Spooner como Spencer apoyan la propiedad intelectual basándose en principios morales y de derecho natural.³⁷

De acuerdo con la visión iusnaturalista de la propiedad intelectual de algunos libertarios, las creaciones de la mente son tan dignas de protección como lo es la propiedad tangible. Ambas son producto del trabajo y la mente de uno. Puesto que cada uno es propietario de su propio trabajo, se tiene un derecho natural a los frutos del trabajo propio. Bajo este punto de vista, así como uno tiene derecho a cosechar lo que planta, también tiene derecho a las ideas que genera y las artes que produce. Esta teoría se basa en la noción de que cada uno es propietario de su propio cuerpo y trabajo y, por tanto de sus frutos, incluyendo las “creaciones” intelectuales. Un individuo crea un soneto, una canción, una escultura, utilizando su propio cuerpo y trabajo. Por tanto tiene derecho a ser “propietario” de esas creaciones, porque son consecuencia de otras cosas de las que es “propietario”.



N. Stephan Kinsella (1965-)

También hay argumentos utilitarios a favor de la propiedad intelectual. Richard Posner es un notorio utilitarista (aunque no libertario) partidario de la propiedad intelectual. Entre los libertarios, el anarquista David Friedman analiza y parece apoyar la propiedad intelectual sobre bases “legales y económicas”,³⁸ una estructura institucional utilitarista. El argumento utilitarista presupone que debemos elegir leyes y normas que maximicen la “riqueza” o la “utilidad”. En lo que se refiere a los derechos de autor y patentes, la idea es que una mayor “innovación” artística o inventiva se corresponde con, o nos lleva a, mayor riqueza. Los bienes públicos y los efectos de free-rider reducen esa cantidad de riqueza por debajo de su nivel óptimo, es decir, a un nivel inferior al que podríamos conseguir si hubiera leyes adecuadas de propiedad intelectual sobre los

Rights. Es difícil encontrar discusiones publicadas sobre las ideas de Galambos, aparentemente porque sus propias teorías restringen de forma extravagante la capacidad de sus partidarios para divulgarlas. Ver, por ejemplo, Jerome Tuccille, *It Usually Begins with Ayn Rand* (San Francisco: Cobden Press, 1971), pp. 69–71. Referencias sueltas y discusiones acerca de las teorías de Galambos, pueden sin embargo encontrarse en David Friedman, *In Defense of Private Orderings: Comments on Julie Cohen’s ‘Copyright and the Jurisprudence of Self-Help’*, *Berkeley Technology Law Journal* 13, n° 3 (Otoño 1998), n° 52 http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=6590&Itemid=0; y en Stephen Foerster, *The Basics of Economic Government*, <http://logan.com/afi/foerster.html>.

³⁷ Lysander Spooner, *The Law of Intellectual Property: or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in Their Ideas*, en *The Collected Works of Lysander Spooner*, vol. 3, ed. Charles Shively (1855, http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2243&Itemid=27); Herbert Spencer, *The Principles of Ethics*, vol. 2 (1893; reprint, Indianapolis, Ind.: Liberty Press, 1978), part IV, chap. 13, p. 121. Ver también Wendy McElroy, *Intellectual Property: Copyright and Patent*, <http://www.wendymcelroy.com/libdebates/ch6intpr.html> y Tom G. Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?*, http://www.wikiberal.org/w/images/4/44/Are_patents_and_copyrights_morally_justified.pdf

³⁸ David D. Friedman, *Standards As Intellectual Property: An Economic Approach*, *University of Dayton Law Review* 19, n° 3 (Primavera 1994), pp. 1109–29

http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=6595&Itemid=0 y David D. Friedman, *Law’s Order: What Economics Has to Do with Law and Why it Matters* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2000), chap. 11. También Ejan Mackaay es partidario de la propiedad intelectual sobre bases utilitaristas, en *Economic Incentives in Markets for Information and Innovation*, in *Symposium: Intellectual Property*, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, n° 3, p. 867. Se incluye a John Stuart Mill y Jeremy Bentham entre los anteriores utilitaristas partidarios de la propiedad intelectual. Ver Arnold Plant, *The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*, *Economica*, New Series, Volume 1, Issue 1, Feb., 1934, 30-51. <http://www.stephankinsella.com/2010/08/arnold-plant-the-economic-theory-concerning-patents-for-inventions/> Roger E. Meiners y Robert J. Staaf, *Patents, Copyrights, and Trademarks: Property or Monopoly?* en *Symposium: Intellectual Property*, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, n° 3, p. 911.

libros. Por tanto, la riqueza se optimiza, o al menos se incrementa, otorgando monopolios sobre derechos de autor y patentes que incentivan a autores e inventores a innovar y crear.

Por otro lado, hay una larga tradición de oposición a los derechos de autor y patentes. Los opositores modernos incluyen a Rothbard, McElroy, Palmer, Lepage, Bouckaert y al propio Kinsella.³⁹ Asimismo Benjamin Tucker se opuso vigorosamente a la propiedad intelectual en debate en el periódico individual-anarquista del siglo XIX Liberty.⁴⁰ Estos comentaristas apuntaron varios problemas que presentan los argumentos convencionales de utilitaristas y iusnaturalistas para justificar los derechos de propiedad intelectual. Estos argumentos y otros problemas de los argumentos habituales a favor de los derechos de propiedad son examinados a continuación.

Defensas utilitarias de la propiedad intelectual Los partidarios de la propiedad intelectual la justifican a menudo desde una perspectiva utilitaria. Los utilitaristas sostienen que el “fin” de favorecer más innovación y creatividad, justifica los “medios” de restringir la libertad de los individuos para usar su propiedad física como les plazca (que podrían ser considerados aparentemente inmorales). Pero hay tres problemas fundamentales en justificar cualquier ley o derecho a partir de bases estrictamente utilitarias.

(1) En primer lugar, supongamos que la riqueza o utilidad puede maximizarse adoptando ciertas reglas legales: el “tamaño de la torta” se incrementaría. Incluso así, esto no demuestra que estas reglas estén justificadas. Por ejemplo, puede argumentarse que la utilidad neta mejoraría si se redistribuyera la mitad de la riqueza del uno por ciento más rico de la sociedad al diez por ciento más pobre. Pero incluso si el robo de la propiedad de A y dárselo a B incrementara el bienestar de B “más” de lo que disminuiría el de A (si pudiera hacerse esta comparación de alguna manera), esto no implicaría que estuviera justificado el robo de la propiedad de A. La maximización del bienestar no es el objetivo de la ley, sino la justicia: dar a cada uno lo suyo.⁴¹ Incluso si la riqueza global se incrementara debido a las leyes de propiedad intelectual, esto no implicaría que el supuestamente deseable resultado justificara la inmoral violación de ciertos derechos individuales al uso de su propiedad como les parezca.

(2) Además de los problemas éticos, el utilitarismo no es coherente. Implica necesariamente realizar comparaciones de utilidad interpersonales ilegítimas, como cuando los “costos” de las leyes de propiedad intelectual son restados de los “beneficios” para determinar si esas leyes ofrecen un beneficio neto.⁴² Pero no todos los valores tienen un precio de mercado; de hecho,

³⁹ Murray N. Rothbard, *Man, Economy, and State - A Treatise on Economic Principles, with Power and Market - Government and the Economy*, 2001 & 2009, Ludwig von Mises Institute http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16718&Itemid=0; Murray N. Rothbard, *The Ethics of Liberty* <http://mises.org/resources.aspx?id=b66a8bf2-9db3-428e-84d0-44ac1514873c>; Wendy M Elroy, *Contra Copyright, The Voluntarist* (Junio 1985); McElroy, *Intellectual Property: Copyright and Patent*; Tom G. Palmer, *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, *Hamline Law Review* 12 (1989), p. 261 http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=17955&Itemid=0. F.A. Hayek también parece oponerse a las patentes. Ver *The Collected Works of F.A. Hayek*, vol. 1, *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*.

⁴⁰ Wendy McElroy, *Intellectual Property: Copyright and Patent*.

⁴¹ De acuerdo con Justiniano “La Justicia es el deseo constante y perpetuo de dar a cada uno lo suyo... Las máximas de la ley son: vivir honradamente, no dañar a nadie, dar a cada uno lo suyo”. *Instituciones*. Ver Y. Lassard and A. Koptev, *The Roman Law Library*, <http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>

⁴² Sobre los defectos del utilitarismo y las comparaciones sobre utilidad interpersonal, ver Murray N. Rothbard, *Praxeology, Value Judgments, and Public Policy*, en *The Logic of Action One* (Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 1997), esp. pp. 90–99 <http://www.rothbard.it/essays/praxeology-value-judgment.pdf>; Rothbard, *Toward a Reconstruction of Utility and Welfare Economics*, en *The Logic of Action One*, <http://mises.org/rothbard/toward.pdf>; Anthony de Jasay, *Against Politics: On Government, Anarchy, and Order* (London: Routledge, 1997), pp. 81–82, 92, 98, 144, 149–51. Sobre cientificismo y empirismo, ver Rothbard, *The Mantle of Science*, en *The Logic of Action One* <http://mises.org/rothbard/mantle.pdf>; Hans-

ninguno lo tiene. Mises demostró que incluso para bienes que tienen un precio de mercado, el precio no sirve como medición del valor del bien.⁴³

(3) Finalmente, aunque dejemos de lado los problemas relacionados con las comparaciones sobre utilidades interpersonales y la justicia de la redistribución y sigamos adelante utilizando técnicas de medición utilitarias estándar, no está claro en absoluto que las leyes de propiedad intelectual produzcan cambio alguno (positivo o negativo) en la riqueza general.⁴⁴ Se puede debatir si los derechos de autor y las patentes son realmente necesarios para incentivar la producción de trabajos creativos e invenciones o si las ganancias incrementales en innovación superan los costos de un sistema de propiedad intelectual. Los estudios econométricos no demuestran concluyentemente ganancias netas en riqueza. Quizá habría incluso más innovación si no hubiera leyes de patentes, o tal vez más dinero disponible para I&D si no se gastara en patentes y reclamos. Es posible que las empresas tendrían un incentivo aún mayor para innovar si no confiaran en un monopolio de casi 20 años.⁴⁵

Sin duda el sistema de patentes tiene costos. Tal como se indicó, las patentes sólo pueden obtenerse para aplicaciones “prácticas” de ideas, no para ideas más abstractas o teóricas. Esto desvía recursos de la I+D teórica.⁴⁶ No resulta claro que la sociedad esté mejor con más invenciones prácticas y relativamente menos investigación y desarrollo teóricos. Además, muchas invenciones se patentan por razones defensivas, lo que ocasiona gastos en abogados y tasas en las oficinas de patentes. Si no hubiera leyes de patentes, por ejemplo, las compañías no gastarían dinero en obtener o defenderse ante algunas patentes ridículas. Simplemente, no se ha demostrado que la propiedad intelectual conduzca a ganancias netas en riqueza. ¿No tenían la carga de la prueba los partidarios del uso de la fuerza contra la propiedad de otros?

Hermann Hoppe, In Defense of Extreme Rationalism: Thoughts on Donald McCloskey's The Rhetoric of Economics, *Review of Austrian Economics* 3 (1989), p. 179

https://mises.org/journals/rae/pdf/RAE3_1_16.pdf. Sobre dualismo epistemológico, ver Ludwig von Mises, *The Ultimate Foundation of Economic Science: An Essay on Method*, 2ª ed. (Kansas City: Sheed Andrews and McMeel, 1962)

http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1820&Itemid=27; Ludwig von Mises, *Epistemological Problems of Economics*, traducción de George Reisman (New York: New York University Press, 1981) <http://mises.org/resources.aspx?Id=69c893d3-b7e2-424c-9cae-66100884475d>; Hans-Hermann Hoppe, *Economic Science and the Austrian Method* (Auburn, Ala.: Ludwig von Mises Institute, 1995) <http://mises.org/resources.aspx?Id=615b364f-a8f6-4769-85ae-a29f902995c3>.

⁴³ Mises afirma: “Aunque es normal hablar del dinero como una medida de valor y precios, esta noción es completamente falaz. Si se acepta la teoría del valor subjetivo, no puede aparecer esta cuestión sobre la medición”. (Sobre la medida del valor, en *La teoría del dinero y del crédito*, (Madrid: Unión Editorial, 1997)). También: “El dinero no es una vara de medir del valor ni de los precios. El dinero no mide el valor. Tampoco los precios se miden en dinero: son cantidades de dinero”. Ludwig von Mises, *El socialismo: análisis económico y sociológico* (Madrid: Unión Editorial, 2003).

⁴⁴ Un excelente informe y crítica de la justificación costo-beneficio para patentes y derechos de autor es Julio H. Cole, *Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs?* <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.113.4406&rep=rep1&type=pdf>; argumentos útiles sobre evidencias en este aspecto, en Palmer, *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, pp. 300–2; Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?* pp. 820–21, 850–51; Boudewijn Bouckaert, *What is Property?* pp. 812–13.

⁴⁵ Cole, en *Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs?*, incluye ejemplos de costos de leyes de patentes y derechos de autor.

⁴⁶ Plant, *The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*, p. 43. También Rothbard, *Man, Economy, and State*, pp. 658–59: “No es en modo alguno evidente que las patentes inciten a un incremento absoluto en la cantidad de gasto en investigación. Mas sin duda las patentes distorsionan el tipo de investigación que se lleva a cabo... Por tanto los gastos en investigación se sobreestiman en sus etapas iniciales antes de que alguien tenga una patente y se ven inadecuadamente restringidos cuando ésta se recibe. Además, algunas invenciones se consideran patentables, mientras otras no. El sistema de patentes tiene el efecto añadido de estimular artificialmente los gastos de investigación en las áreas patentables, restringiendo también artificialmente la investigación en áreas no patentables”.

Debemos recordar que cuando alguien es partidario de ciertas leyes y derechos y se preocupan por su legitimidad, se preguntan sobre la legitimidad y ética del uso de la fuerza. Preguntarse si una ley debe dictarse o existir es preguntarse: ¿es adecuado emplear la fuerza contra ciertas personas en ciertas circunstancias? No sorprende que esta pregunta en realidad no se aborde en el análisis de la maximización de la riqueza. El análisis utilitarista es confuso y quebradizo: hablar sobre el incremento en el tamaño de la torta es metodológicamente incorrecto, no hay evidencia clara de que la torta aumente con los derechos de propiedad intelectual. Más aún, el crecimiento de la torta no justifica el uso de la fuerza contra la de otra forma legítima propiedad de otros. Por estas razones, los argumentos utilitaristas a favor de la propiedad intelectual no son convincentes.

Problemas de los derechos naturales Otros libertarios partidarios de la propiedad intelectual argumentan que ciertas ideas merecen protección como derechos de propiedad porque son creaciones. Rand apoyaba las patentes y derechos de autor como “la expresión legal de lo básico de todos los derechos de propiedad: el derecho del hombre al producto de su mente.”⁴⁷ Para Rand, los derechos de propiedad intelectual son de alguna forma, la remuneración del trabajo productivo. Sencillamente, es justo que un creador participe en los beneficios de que otros utilicen su creación. Por esta razón, en parte, se opone a las patentes y derechos de autor perpetuos, puesto que los herederos futuros y no nacidos del creador original no son los responsables mismos de la creación de los trabajos de sus antepasados.

Un problema con la opinión basado en la creación es que casi invariablemente sólo protege ciertos tipos de creaciones, salvo que, por supuesto, cada idea útil individual estuviera sujeta a propiedad (véase más adelante). Pero la distinción ente lo digno de protección y lo que no lo es, es necesariamente arbitraria. Por ejemplo, las verdades filosóficas, matemáticas o científicas no pueden protegerse bajo la ley actual, ya que el intercambio comercial y social se vería entorpecido en cada caso en que una nueva frase, verdad filosófica o similar fuera considerada de propiedad exclusiva de su creador. Por esta razón, solamente pueden obtenerse patentes para las llamadas “aplicaciones prácticas” de ideas, pero no para ideas más abstractas o teóricas. Rand se muestra de acuerdo con este tratamiento dispar, intentando distinguir entre un descubrimiento, no patentable, y una invención, patentable. Argumenta que “un descubrimiento científico o filosófico que identifique una ley de la naturaleza, un principio o un hecho de la realidad no conocido previamente” no es una creación del descubridor.

Pero la distinción entre creación y descubrimiento no es evidente ni rigurosa.⁴⁸ Tampoco está claro por qué esa distinción, si fuera clara, sería éticamente relevante al definir los derechos de propiedad. Nadie crea materia, solamente la manipula y la moldea de acuerdo con leyes de la física. En este sentido, en realidad nadie crea nada. Simplemente reordena la materia en nuevas estructuras y modelos. Un ingeniero que invente un nuevo modelo de trampa ha reordenado partes existentes para ofrecer una función que antes no se llevaba a cabo. Otros que aprendan de esta disposición pueden igualmente fabricar una trampa mejorada. Aún así, la trampa simplemente sigue las leyes de la naturaleza. El inventor no inventa la materia de la que está hecha la trampa, ni los hechos y las leyes aprovechadas para hacerla funcionar.

⁴⁷ Rand, *Patents and Copyrights*, p. 130.

⁴⁸ Plant tiene razón al decir que “la tarea de distinguir un descubrimiento científico de su aplicación práctica, que puede patentarse... es a menudo incomprensible para el abogado más sagaz.” (*The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*, pp. 49–50). En una nota relacionada, la Corte Suprema de US ha advertido que “las especificaciones y extremos de una patente... constituyen uno de los instrumentos legales más difíciles de abordar con precisión”, *Topliff contra Topliff*, 145 US 156, 171, 12 S.Ct. 825 (1892). Tal vez esto ocurra porque la ley de patente no tiene amarras a los límites objetivos de la propiedad real, tangible y por tanto es intrínsecamente vaga, amorfa, ambigua y subjetiva. Sólo por esta última razón, podríamos pensar que los objetivistas (ardientes autoproclamados defensores de la objetividad y opuestos al subjetivismo) deberían oponerse a las patentes y derechos de autor.

Igualmente, el “descubrimiento” por parte de Einstein de la relación $E=mc^2$, una vez conocido por otros, les permite manipular la materia de una forma más eficiente. Sin los esfuerzos de Einstein, o del inventor, otros hubieran seguido ignorando ciertas leyes causales, ciertas formas en que puede manipularse y utilizarse la materia. Tanto el inventor como el científico teórico realizan un esfuerzo mental creativo para producir nuevas ideas útiles. Pero uno recibe recompensa y el otro no. En un caso reciente, el inventor de una nueva forma de calcular un número que represente el camino más corto entre dos puntos (una técnica enormemente útil) no recibió la protección de patente porque se consideró que esto era “simplemente” un algoritmo matemático.⁴⁹ Pero resulta arbitrario e injusto recompensar más a los inventores prácticos y artistas, por ejemplo, a ingenieros y compositores, y dejar sin recompensa a los científicos teóricos, matemáticos y filósofos. La distinción es por sí misma vaga, arbitraria e injusta.

Más aún, adoptar un límite temporal para los derechos de propiedad intelectual, en lugar de un derecho perpetuo, también implica normas arbitrarias. Por ejemplo, las patentes duran veinte años desde que se otorgan, mientras que los derechos de autor duran, en caso de autores individuales, setenta años a partir de la muerte del autor. Nadie puede afirmar seriamente que diecinueve años para una patente sea un plazo demasiado corto y veintiuno demasiado largo, más de lo que podría afirmar que el precio actual de la nafta o la leche pueda ser calificado objetivamente como demasiado alto o bajo.

Por tanto, uno de los problemas de la perspectiva del derecho natural para justificar la propiedad intelectual es que implica necesariamente distinciones arbitrarias en relación con qué clases de creaciones merecen protección y en lo que se refiere a la duración de esa protección.

Por supuesto, una forma de evitar esta dificultad es afirmar que todo es protegible por Propiedad Intelectual, con plazos perpetuos (infinitos). Por ejemplo, Spooner⁵⁰ es partidario de derechos perpetuos para patentes y derechos de autor. Schulman propone un concepto mucho más amplio de creaciones o ideas protegibles mediante propiedad intelectual, derechos a los que llama “derechos sobre logos” (*logorights*) sobre los logos que se creen. Los logos serían la “identidad material” o modelos de identidad de cosas creadas. El propietario de un logos sería propietario de los órdenes o modelos de información impuestos u observados en aspectos materiales.

El proponente más radical acerca de la propiedad intelectual es Galambos, cuyas ideas, según la apreciación de Kinsella, bordean el absurdo.⁵¹ Galambos creía que el hombre tenía derechos de propiedad sobre su propia vida (propiedad primordial) y en “todas las derivaciones no procreativas de su vida.”⁵² Puesto que el “primer derivado” de la vida de un hombre son sus pensamientos e ideas, los pensamientos e ideas resultan ser “propiedad primaria”. Puesto que la acción se basa en la propiedad primaria (ideas), también se tiene propiedad sobre las acciones; ésta es la “libertad”. Los derivados secundarios como terrenos, televisores y otros bienes tangibles se producen mediante ideas y acciones. Por tanto los derechos de propiedad sobre cosas tangibles se relegan a un estatus secundario más bajo en comparación con el estatus “primario” de los

⁴⁹ *In re Trovato*, 33 USPQ2d 1194 (Fed. Cir. 1994). La ley reciente ha extendido los tipos de algoritmo informático y métodos de negocio que pueden protegerse mediante patente. Ver, por ejemplo, *State Street Bank & Trust Co. contra Signature Financial Group*, 149 F3d 1368 (Fed Cir 1998). http://en.wikipedia.org/wiki/State_Street_Bank_v._Signature_Financial_Group De todas formas, no importa dónde se fije el límite entre “leyes de la naturaleza” e “ideas abstractas” no patentables y las “aplicaciones prácticas” patentables: la ley de patentes siempre tendrá que diferenciar entre ambas.

⁵⁰ Spooner, *The Law of Intellectual Property*; McElroy, *Intellectual Property: Copyright and Patent*; Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?* pp. 818, 825.

⁵¹ Galambos, *The Theory of Volition*, volumen 1. Kinsella reconoce haber leído descripciones superficiales de la teoría de Galambos.

⁵² David D. Friedman, *In Defense of Private Orderings*, *Berkeley Technology Law Journal*, 1998. n. 52 http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=6590&Itemid=0; Steven Foerster, *The Basics of Economic Government*.

derechos de propiedad sobre ideas. (Incluso Rand elevó una vez a las patentes por encima de los simples derechos sobre bienes tangibles, en su noción de que “las patentes son el corazón y centro de los derechos de propiedad.”⁵³ ¿Puede creerse que no se respetaran los derechos de propiedad antes de 1800, cuando se sistematizaron los derechos de patente?)

Al ampliar el ámbito de la propiedad intelectual y extender su duración para evitar esas distinciones arbitrarias, como hace Rand, el absurdo y la injusticia que causa la propiedad intelectual resultan aún más pronunciados (como demuestra Galambos). Y extendiendo el plazo de patentes y derechos de propiedad hasta el infinito, las próximas generaciones se verían ahogadas por las crecientes restricciones a su uso de la propiedad. Nadie podría fabricar (ni siquiera usar) una bombilla sin obtener permiso de los herederos de Edison. Nadie podría construir una casa sin permiso de los herederos del primer homínido que salió de las cavernas y construyó una choza. Nadie podría utilizar las diversas técnicas, productos y tratamientos para salvar vidas sin obtener permiso de varios afortunados y ricos descendientes. Nadie podría hervir agua para purificarla o usar encurtidos para conservar alimentos, salvo que obtuvieran licencias para los generadores de estas técnicas (o sus descendientes remotos).

Esos derechos ideales sin límites serían una seria amenaza a los derechos de propiedad tangibles y amenazarían con aplastarlos. Todo uso de propiedad tangible sería entonces imposible, puesto que cualquier uso concebible, cualquier acción, acabaría por infringir uno de los millones de derechos de propiedad intelectual acumulados en el pasado y la raza humana moriría de hambre. Pero, como apuntó Rand, los hombres no son fantasmas: tenemos un aspecto espiritual, pero también físico.⁵⁴ Cualquier sistema que eleve los derechos sobre las ideas a tal extremo que quede por encima de los derechos sobre cosas tangibles resulta claramente un sistema ético inapropiado para seres humanos que viven y respiran. Nadie puede realmente actuar de acuerdo con una visión de la propiedad intelectual tan falta de restricciones. El resto de partidarios de la propiedad intelectual detallan su apoyo limitando el ámbito o los plazos de esos derechos, adoptando por tanto las distinciones éticamente arbitrarias apuntadas más arriba.

Propiedad y escasez Volvamos atrás y miremos desde el principio la idea de derechos de propiedad. Los libertarios creen en los derechos de propiedad sobre bienes (recursos) tangibles. ¿Por qué? ¿Qué hace de los bienes tangibles sujetos de derechos de propiedad? ¿Por qué son propiedades los bienes tangibles? Un poco de reflexión muestra que se trata de la escasez de estos bienes, el hecho de que puede haber conflictos sobre ellos por parte de diversos actores humanos. El muy posible conflicto sobre un recurso hace que este sea escaso, dando lugar a la necesidad de reglas éticas para regular su uso. Por tanto, la función social y ética fundamental de los derechos de propiedad es impedir conflictos interpersonales sobre recursos escasos.⁵⁵ Como señala Hoppe: *Sólo porque existe la escasez existe un problema para formular leyes morales; cuando los bienes sean sobreabundantes (bienes “libres”) no es posible que haya conflicto sobre su uso y no se necesitan acciones de coordinación. Por tanto, se deduce que cualquier ética correctamente concebida debe formularse como una teoría de la propiedad, es decir, una teoría sobre la asignación de derechos de control exclusivo sobre bienes escasos. Porque sólo entonces resulta posible evitar conflictos de otra forma inevitables e irresolubles.*⁵⁶

⁵³ Rand, *Patents and Copyrights*, p. 133.

⁵⁴ Harry Binswanger, ed., *The Ayn Rand Lexicon: Objectivism from A to Z* (New York: New American Library, 1986), pp. 326–27, 467.

⁵⁵ El papel económico fundamental de los derechos de propiedad privada, junto a los precios que surgen de los intercambios de propiedad, es permitir el cálculo económico. Ver N. Stephan Kinsella, *Knowledge, Calculation, Conflict, and Law: Review Essay of Randy E. Barnett, The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*, *Quarterly Journal of Austrian Economics* 2, no. 4 (Invierno 1999), pp. 49–71. http://mises.org/journals/qjae/pdf/Qjae2_4_4.pdf

⁵⁶ Hans-Hermann Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism* (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989), p. 235 n. 9. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=6743&Itemid=0

Otros pensadores que reconocen la importancia de la escasez al definir qué es la propiedad son Plant, Hume, Palmer, Rothbard y Tucker.⁵⁷

Luego la naturaleza contiene cosas que son económicamente escasas. Mi uso de esa cosa entra en conflicto (excluye) con el uso de otro y viceversa. La función de los derechos de propiedad es evitar el conflicto interpersonal sobre recursos escasos, otorgando la propiedad exclusiva de los recursos a individuos específicos (propietarios). Para llevar a cabo esta función, los derechos de propiedad deben ser a la vez visibles y justos. Es evidente que para que los individuos eviten utilizar propiedades de otros, los límites y derechos de la propiedad deben ser objetivos (determinables intersubjetivamente): deben ser visibles. Por esta razón, los derechos de propiedad deben ser objetivos y no ambiguos. En otras palabras, “buenas vallas hacen buenos vecinos.”

Los derechos de propiedad deben parecer justos, así como visibles, porque no pueden servir a su función de impedir conflictos si no se aceptan como tales por los afectados.⁵⁸ Si los derechos de propiedad se establecen injustamente o simplemente se obtienen por la fuerza, es como si no hubiera derechos en absoluto, es de nuevo sencillamente el poder contra el derecho, es decir, la situación previa a los derechos de propiedad. Pero, como reconocen los libertarios siguiendo a Locke, sólo el primer ocupante o usuario de esa propiedad puede ser su propietario natural. Sólo la norma del colono primer ocupante ofrece una asignación objetiva, ética y no arbitraria de la propiedad de recursos escasos.⁵⁹ Cuando los derechos de propiedad sobre medios escasos se establecen de acuerdo con las normas del primer ocupante, los límites de la propiedad son visibles y se puede demostrar que lo establecido es justo. Puede evitarse el conflicto con esos derechos de propiedad establecidos porque los demás pueden ver los límites de la propiedad, y por tanto apartarse de ellos, y se ven motivados a hacerlo porque lo establecido es justo.

Pero sin duda está claro, dado el origen, justificación y función de los derechos de propiedad, que éstos son sólo aplicables a recursos escasos. Si estuviéramos en un jardín del Edén donde la tierra y otros bienes fueran infinitamente abundantes, no habría escasez y, por tanto, necesidad de normas de propiedad: los conceptos de propiedad no tendrían sentido. La idea de conflicto y la

⁵⁷ Plant, *The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*, pp. 35–36; David Hume, *An Inquiry Concerning the Principles of Morals: With a Supplement: A Dialogue (The Philosophical Works, vol. 4, The Inquiries, Natural History of Religion, and other Essays, 1828 ed. Edinburgh: Adam Black and William Tait, 2011 Online Library of Liberty)* http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php&title=1484; Palmer, *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, pp. 261–66 y n. 50 (distingue entre escasez “estática” y “dinámica”), también pp. 279–80; Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?* pp. 860–61, 864–65 y Rothbard, *Justice and Property Rights*, en *The Logic of Action One*, p. 274; sobre Tucker, ver McElroy, *Intellectual Property: Copyright and Patent*.

⁵⁸ Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, p. 138.

⁵⁹ Sobre una aproximación adecuada a la regla de la ocupación y el primer usuario (la distinción anterior-posterior), v. Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, pp. 141–44; Hoppe, *The Economics and Ethics of Private Property* (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1993), pp. 191–93 <http://mises.org/books/economicsethics.pdf>; Jeffrey M. Herbener, *The Pareto Rule and Welfare Economics*, *Review of Austrian Economics* 10, n° 1 (1997) http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=8553&Itemid=0, p. 105: “Una vez que el objeto es propiedad del primer usuario, los demás no tienen la opción de serlo; por tanto, sus preferencias en ese momento no tienen nada que ver con la norma de Pareto sobre la naturaleza superior de la adquisición por el primer usuario”; y de Jasay, *Against Politics*, pp. 172–79. Sobre la justificación ética de esa idea de los derechos de propiedad, ver Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, cap. 7; Hoppe, *The Economics and Ethics of Private Property*; Rothbard, *The Ethics of Liberty*; Rothbard, *Justice and Property Rights*, en *The Logic of Action One*; N. Stephan Kinsella, *A Libertarian Theory of Punishment and Rights*, *Loyola of Los Angeles Law Review* 30 (Spring 1996), p. 607 http://www.stephankinsella.com/wp-content/uploads/publications/kinsella_punishment-loyola.pdf; N. Stephan Kinsella, *New Rationalist Directions in Libertarian Rights Theory*, *Journal of Libertarian Studies* 12, no. 2 (Autumn 1996), http://mises.org/journals/jls/12_2/12_2_5.pdf, pp. 313–26.

idea de derechos ni siquiera se plantearían. Por ejemplo, si me quitaran mi segadora no me privarían realmente de ella, si pudiera hacer aparecer otra de inmediato mediante un conjuro. Llevarse la segadora en estas circunstancias no sería un “robo”. Los derechos de propiedad no son aplicables a cosas que abunden infinitamente, puesto que no puede haber conflictos por ellas.

Por tanto, los derechos de propiedad deben tener límites objetivos y discernibles y ser asignados de acuerdo con la norma del primer ocupante. Además, sólo pueden aplicarse a recursos escasos. El problema de los derechos de propiedad intelectual es que los objetos ideales protegidos por ellos no son escasos y además no son ni pueden ser asignados de acuerdo con la norma del primer ocupante, como veremos.

Escasez e Ideas Igual que la segadora que se reproduce mágicamente, las ideas no son escasas. Si invento una técnica para recolectar algodón, si alguien lo recolecta de esa manera no me quita la técnica. Todavía tengo mi técnica (y mi algodón). El uso del otro no excluye el mío: ambos podemos usar mi técnica para recolectar el algodón. No hay escasez económica ni posibilidad de conflicto acerca del uso de un recurso escaso. Por lo tanto, no hay necesidad de exclusividad.

Igualmente, si alguien copia un libro que yo he escrito, seguiré teniendo el libro original (tangible) y también seguiré “teniendo” la secuencia de palabras que constituye el libro. Así pues, los trabajos de autor no son escasos en el mismo sentido que lo son los terrenos o los coches. Si alguien se lleva mi coche, ya no lo tengo. Pero si se “lleva” el contenido de un libro y lo usa para hacer su propio libro físico, seguiré teniendo mi propia copia. Lo mismo vale para invenciones y, de hecho, para cualquier tipo de información que uno genere o tenga. Como escribió Thomas Jefferson (inventor, y primer Examinador de Patentes de US), “El que recibe una idea de mí, recibe instrucción sin que yo pierda la mía, igual que quien enciende su lámpara en la mina, recibe luz sin dejarme a mí en la oscuridad.”⁶⁰ Puesto que el uso de la idea de otro no lo priva de su uso, no es posible el conflicto sobre su uso; por tanto, las ideas no pueden ser parte de los derechos de propiedad. Incluso Rand aceptó que “la propiedad intelectual no puede consumirse.”⁶¹

Las ideas no son por su naturaleza escasas. Sin embargo, al reconocer un derecho sobre un objeto ideal, se crea escasez donde no existía antes. Como explica Arnold Plant:

Es una peculiaridad de los derechos de propiedad sobre patentes (y derechos de autor) que no aparecen por la escasez de los objetos apropiados. No son consecuencia de la escasez. Son la creación deliberada de la ley y en tanto que en general la institución de la propiedad privada se lleva a cabo para preservar los bienes escasos, tendiendo... a llevarnos a “sacar lo más posible

⁶⁰ Thomas Jefferson a Isaac McPherson, 13 de agosto de 1813, *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 13, ed. A.A. Lipscomb and A.E. Bergh (Washington, D.C.: Thomas Jefferson Memorial Association, 1904), pp. 326–38 <http://www.constitution.org/tj/jeff.htm>. Jefferson reconocía que puesto que las ideas no son escasas, la patente y los derechos de autor no son derechos naturales y sólo pueden justificarse, si es posible hacerlo, desde la postura utilitaria de promover invenciones útiles y obras literarias (e incluso en este caso, deben crearse por ley, puesto que no son derechos naturales). Ver Palmer, *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, p. 278 n. 53. Tampoco esto significa que Jefferson apoyara las patentes, ni desde el punto de vista utilitarista. El historiador sobre patentes Edward C. Walterscheid explica que “a lo largo de su vida, [Jefferson] mantuvo un saludable escepticismo acerca del valor del sistema de patentes.” *Thomas Jefferson and the Patent Act of 1793, Essays in History* 40 (1998). <http://www.stephankinsella.com/2010/06/thomas-jefferson-and-the-patent-act-of-1793/>

⁶¹ Rand, *Patents and Copyrights*, p. 131. Mises, en *Human Action*, p. 661, reconoce que no hay necesidad de economizar en el empleo de “fórmulas”, “porque su utilidad no puede agotarse.” En la página 128, apunta “Algo que rinde esos servicios ilimitados es, por ejemplo, el conocimiento de la relación causal implicada. La fórmula, la receta que no enseña cómo preparar café una vez conocida ofrece un servicio ilimitado. No pierde nada de su capacidad para producir por muy a menudo que se use; su poder productivo es inagotable, por tanto no es un bien económico. El hombre que actúa nunca se enfrenta a situación en la que debe elegir entre el valor de usar una fórmula conocida y cualquier otra cosa útil.”

de ellos”, los derechos de propiedad en patentes y derechos de autor hacen posible la creación de una escasez de los productos apropiados que de otra manera no podría mantenerse.⁶²

Bouckaert también argumenta que la escasez natural es la que da lugar a la necesidad de normas de propiedad y que las leyes de propiedad intelectual crean una escasez artificial e injustificable. Como indica: La escasez natural es la consecuencia de la relación entre el hombre y la naturaleza. La escasez es natural cuando es posible concebirla antes de cualquier acuerdo humano institucional contractual. La escasez artificial, por otro lado, es resultado de esos acuerdos. La escasez artificial difícilmente puede servir de justificación para el entramado legal que la origina. Ese argumento sería completamente circular. Por el contrario, la propia escasez artificial necesita una justificación.⁶³ Así, Bouckaert mantiene que “sólo las entidades escasas naturalmente sobre la que es posible un control físico son susceptibles” de protección por derechos de propiedad reales. Para objetos ideales, la única protección posible es la que se obtiene a través de derechos personales, es decir, contratos (ver más adelante).

Sólo los recursos escasos y tangibles son posibles objetos de conflictos interpersonales, por lo que sólo a ellos son aplicables las normas de propiedad. Por tanto, las patentes y los derechos de autor son monopolios injustificables otorgados por la legislación gubernamental. No es sorprendente que, como apunta Palmer, “el privilegio monopolístico y la censura se encuentran en la raíz histórica de las patentes y los derechos de autor.”⁶⁴ Es este privilegio monopolístico lo que crea una escasez artificial donde antes no existía.

Recordemos que los derechos de propiedad intelectual dan a los creadores derechos parciales de control (propiedad) sobre la propiedad tangible de todos los demás. El creador tiene posesión parcial sobre las propiedades de otros en virtud de su derecho de propiedad intelectual, puesto que puede prohibirles realizar ciertas acciones con su propiedad. Por ejemplo, el autor X puede prohibir a un tercero, Y, escribir ciertas series de palabras en las páginas en blanco de Y con su propia tinta. Es decir, simplemente creando una expresión original de ideas, simplemente pensando o grabando cierta información original, o encontrando una nueva forma de usar su propiedad (receta), el creador de propiedad intelectual instantánea y mágicamente se convierte en propietario parcial de la propiedad de otros. Tiene algo que decir acerca de cómo terceros pueden usar su propiedad. Los derechos de propiedad intelectual cambian el *status quo* redistribuyendo la propiedad de individuos de cierta clase (propietarios de bienes tangibles) a individuos de otra (autores e inventores). Por tanto, *prima facie*, la ley de propiedad intelectual traspasa o “quita” la propiedad de los dueños de bienes tangibles, transfiriendo su propiedad parcial de autores e inventores. *Esta invasión y redistribución de la propiedad es la que debe justificarse con el fin de que los derechos de propiedad intelectual sean válidos.* Aquí se aprecia cómo las defensas utilitarias no lo logran.

Creación frente a Escasez Ya se apuntaron más arriba algunas inconsistencias y problemas con las teorías iusnaturalistas de la propiedad intelectual. Esta sección discute otros problemas relacionados con esos argumentos, desde la perspectiva de la discusión precedente sobre la importancia de la escasez.

Como se advirtió previamente, algunos libertarios partidarios de la propiedad intelectual, como Rand, sostienen que la creación es el origen de los derechos de propiedad. Se confunde así la

⁶² Plant, *The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*, p. 36. También Mises, *Human Action*, p. 364: “Esas recetas son, en general, bienes libres, ya que su capacidad de producir efectos definidos es ilimitada. Pueden convertirse en bienes económicos sólo si se monopolizan y se restringe su uso. Cualquier precio pagado por los servicios obtenidos por una receta es siempre un precio de monopolio. No importa si la restricción del uso de una receta se posibilite por condiciones institucionales (como patentes y derechos de autor) o por el hecho de que la fórmula permanezca secreta y otros no sean capaces de encontrarla.”

⁶³ Boudewijn Bouckaert, *What is Property?* p. 793; ver también pp. 797–799.

⁶⁴ Palmer, *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, p. 264.

naturaleza y las razones de los derechos de propiedad, que descansan en el hecho innegable de la escasez. Supuesta la escasez y la correspondiente posibilidad de conflicto en el uso de los recursos, dichos conflictos se evitan y se consigue la paz y la cooperación estableciendo derechos de propiedad sobre ellos. Y el propósito de los derechos de propiedad dicta la naturaleza de esas normas. Puesto que si las normas que establecen los derechos de propiedad existen para servir como normas objetivas que todos pueden reconocer de forma que se eviten los conflictos, no pueden ser sesgadas o arbitrarias.⁶⁵ Por esto, los recursos sin dueño pasan a tener propietario (ocupador o apropiador) por parte del primer poseedor.⁶⁶

Por tanto, la norma general es que la propiedad de un recurso escaso concreto puede identificarse determinando quien fue el primero que lo ocupó. Hay varias maneras de poseer u ocupar recursos y distintas formas de demostrar o probar esa ocupación, según sea la naturaleza del recurso y el uso que se le dé. Así, puedo tomar una manzana silvestre y así apropiármela o cercar un terreno para hacer una granja. Se dice a veces que una forma de ocupación es “formar” o “crear” la cosa.⁶⁷ Por ejemplo, puedo esculpir una estatua a partir de un bloque de mármol o forjar una espada a partir de un trozo de metal o incluso “crear” una granja en un terreno.

Podemos ver en estos ejemplos que la creación es relevante para la cuestión de la propiedad de cierto recurso escaso “creado”, como una estatua, una espada o una granja, sólo hasta el punto de que el acto de creación sea un acto de ocupación, o al menos una evidencia de primera ocupación. Sin embargo, la “creación” de por sí no justifica la propiedad de las cosas: no es necesaria ni suficiente. No puede crearse algún recurso escaso en posible disputa sin utilizar previamente los materiales en bruto usados para ello. Pero estos materiales son escasos y por tanto, los tengo o no. Si no los tengo, no soy dueño del producto resultante. Si soy dueño de los componentes, luego, en virtud de esa propiedad, soy dueño de la cosa resultante en la que los transformo. Pensemos en la forja de la espada. Si soy dueño de cierto metal en bruto (porque lo he obtenido de una mina de la que soy propietario), sigo siendo dueño del mismo metal después de haber dado forma a una espada. No necesito apoyarme en el hecho de la creación para poseer la espada, sino sólo en mi propiedad de los factores utilizados para hacerla.⁶⁸ No necesito que haya creación para poseer los factores, puesto que puedo apoderarme de ellos simplemente mediante minería y convirtiéndome así en primer poseedor. Por otro lado, si fabrico una espada utilizando metal de otro, no soy propietario de la espada resultante. De hecho, puedo deber daños por la transferencia o conversión.

Por tanto la creación no es necesaria ni suficiente para establecer la propiedad. Centrarse en la creación distrae del papel esencial de la primera ocupación como norma de propiedad para abordar el hecho fundamental de la escasez. La primera ocupación, no el trabajo o la creación, es a la vez necesaria y suficiente para hacerse de los recursos escasos sin dueño.

Una razón para la importancia indebida atribuida a la creación como fuente de derechos de propiedad puede ser el valor dado por algunos al trabajo como medio para acceder a los recursos sin propietario. Esto se manifiesta en el argumento de que se accede a la propiedad sin dueño con la que se mezcla el trabajo, porque se “posee” el trabajo propio. Sin embargo, como apunta correctamente Palmer, “la ocupación, no el trabajo es el acto por el cual las cosas externas se

⁶⁵ Ver Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, capítulo 7, especialmente p. 138.

⁶⁶ Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, p. 142; de Jasay, *Against Politics*, pp. 172–79 y Herbener, *The Pareto Rule and Welfare Economics*, p. 105.

⁶⁷ Ocupar o tomar posesión “puede hacerse de tres formas: (1) directamente tomando algo físicamente, (2) formándolo y (3) simplemente haciéndolo nuestro”. Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?* p. 838.

⁶⁸ Tampoco necesito apoyarme en la “propiedad” de mi trabajo: en términos estrictos, el trabajo no tiene dueño y no hay que apoyarse en la propiedad del trabajo para demostrar que mantengo mi propiedad al transformarla.

convierten en propiedad.”⁶⁹ Al fijarse en la primera ocupación, en lugar de en el trabajo, como clave para la propiedad, no es necesario poner a la creación como fuente de derechos de propiedad, como hacen los objetivistas y otros. En su lugar, deben reconocerse los derechos de propiedad de los que llegan primero (o sus transferencias contractuales) con el fin de evitar el problema omnipresente de conflicto sobre recursos escasos. La creación de por sí no es necesaria ni suficiente para obtener derechos sobre recursos sin dueño. No hay necesidad de mantener la extraña opinión de que uno es “propietario” de su trabajo para poseer cosas que uno ocupa en primer lugar. El trabajo es una forma de acción y la acción no tiene propietario; más bien es la forma en que algunas cosas tangibles (los cuerpos) actúan en el mundo.

El problema con la defensa iusnaturalista de la propiedad intelectual, por tanto, reside en el argumento de que puesto que un autor-inventor “crea algo”, tiene “por tanto” derecho a poseerlo. El argumento altera la cuestión asumiendo en primer lugar que el objeto ideal es poseíble; concedido esto, parece natural que el “creador” de este pedazo de propiedad sea el propietario natural y adecuado del mismo. *Sin embargo, los objetos ideales no son poseíbles.*

Bajo la perspectiva libertaria, cuando hay un recurso escaso (poseíble), identificamos a su propietario determinando quién es su primer ocupante. En el caso de bienes “creados” (esculturas, granjas, etc.), a veces puede suponerse que el creador es también el primer ocupante al hacerse con los materiales y por el mismo acto de creación (dando cierto orden a la materia, construyendo un artefacto, etc.). Pero no es la creación *per se* lo que da lugar a la propiedad, como se apuntó más arriba.⁷⁰ Por razones similares, la idea de Locke de “mezclar el trabajo” con un recurso escaso sólo es relevante porque indica que el usuario ha poseído la propiedad (porque la propiedad debe poseerse para poder trabajar sobre ella). No es porque el trabajo deba recompensarse, ni porque “poseamos” el trabajo y “por tanto” sus frutos. En otras palabras, la creación la mezcla con el trabajo indican cuándo alguien ocupado (y por tanto hecho suyos) recursos escasos sin dueño.⁷¹

Al considerar la creación y el trabajo, en lugar de en la primera ocupación de los recursos escasos, como piedra de toque de los derechos de propiedad, los partidarios de la propiedad intelectual se ven obligados a poner un énfasis excesivo en la importancia de “recompensar” el trabajo del creador, igual que la teoría del valor trabajo de Adam Smith llevó a Marx a la errónea

⁶⁹ Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?* p. 838, citando a Georg W.F. Hegel, *Hegel’s Philosophy of Right*, trad. T.M. Knox. (1821; reprint, London: Oxford University Press, 1967), pp. 45–46.

⁷⁰ Incluso partidarios de la propiedad intelectual como Rand no mantienen que la creación *per se* sea suficiente para crear derechos o incluso que la creación sea necesaria. No es necesaria porque la propiedad sin dueño puede tenerse simplemente ocupándola, lo que no implica ninguna “creación”. Tampoco es suficiente, porque Rand sin duda no sostendría que crear algo usando materiales de otros dé al creador-ladrón propiedad sobre ello. La opinión de Rand también implica que los derechos, incluidos los de propiedad, sólo aparecen cuando hay posibilidad de conflicto. Por ejemplo, Rand entiende a los derechos como un concepto social que aparece sólo cuando hay más de una persona. Ver Rand, *Man’s Rights*, http://www.aynrand.org/site/PageServer?pagename=arc_ayn_rand_man_rights in *Capitalism: The Unknown Ideal*, p. 321: “Un ‘derecho’ es un principio moral que define y sanciona la libertad humana de acción en un contexto social.” De hecho, como argumenta Rand, “Los derechos humanos sólo pueden violarse mediante el uso de fuerza física”, esto es, conflictos sobre un recurso escaso. “The Nature of Government,” en *Capitalism: The Unknown Ideal*, p. 330. En la p. 334, Rand intenta justificar al Gobierno, el agente que administra los derechos, basándose en el hecho de que puede haber “honrados desacuerdos” (es decir, conflictos) aún entre hombres “completamente racionales y moralmente intachables”. Así que, en la teoría de Rand, la creación *per se* no es necesaria ni suficiente, igual que en la teoría de la propiedad que aquí se defiende.

⁷¹ Por estas razones Kinsella está en desacuerdo con la aproximación de los objetivistas David Kelley y Murray Franck. De acuerdo con Franck, *Intellectual and Personality Property*, p. 7, “aunque los derechos de propiedad ayudan a ‘racional’ la escasez, la escasez no es la base de los derechos de propiedad. Lo que... parece revertir causa y efecto en que ve los derechos en función de las necesidades de la sociedad en lugar de como inherentes a los individuos que en cada momento deben vivir en sociedad.”

visión de la explotación.⁷² Como se apuntó, para Rand los derechos de propiedad intelectual son, en cierto sentido, la remuneración por un trabajo productivo. Rand y otros partidarios de los derechos naturales de propiedad intelectual parecen adoptar un razonamiento mixto derechos naturales-utilitarismo al sostener que la persona que invierte tiempo y esfuerzos debe ser recompensado o beneficiado por ese esfuerzo (por ejemplo, Rand se oponía a las patentes y derechos de autor perpetuos en base a que como los descendientes lejanos lo crearon, los trabajos de sus antecesores no merecen ninguna remuneración).⁷³

Además, en una extraña mixtura de pensamiento iusnaturalista y utilitarista, la visión iusnaturalista de los derechos de propiedad implica que algo es una propiedad si puede contener valor. Pero como ha demostrado vigorosamente Hoppe, no puede tenerse un derecho de propiedad sobre el valor de su posesión, sino sólo sobre su integridad física.⁷⁴ Además, muchas “cosas” arbitrariamente definidas como tales pueden adquirir valor económico si el gobierno otorga un monopolio sobre su uso, incluso si no son en modo algunos recursos escasos (por ejemplo, el monopolio de Correos). *Por consiguiente, como las ideas no son recursos escasos en el sentido de que sean posibles conflictos sobre su uso, no resultan ser sujetos adecuados de derechos de propiedad diseñados para evitar dichos conflictos.*

Dos Tipos de Apropiación Sin embargo ¿qué hay de malo en reconocer “nuevos” derechos de propiedad? Después de todo, como las nuevas ideas, creaciones artísticas e innovaciones nos enriquecen, ¿qué daño tendría reconocer nuevas formas de propiedad? El problema es que si los derechos de propiedad se reconocen sobre recursos no escasos, esto significa necesariamente que disminuyen los derechos de propiedad sobre recursos tangibles en la misma medida, ya que la única manera de reconocer derechos ideales, en nuestro mundo real y escaso, es asignarles derechos sobre bienes tangibles. Para Kinsela, tener un derecho de patente efectivo (un derecho sobre una idea o disposición de cosas, no sobre un recurso escaso) significa que tengo algún control sobre los recursos escasos de todos los demás.

De hecho, puede verse que los derechos de propiedad intelectual implican una norma nueva de adquisición de derechos sobre bienes escasos, que recorta el principio libertario de apropiación. Porque, de acuerdo con la apropiación libertaria-lockeana, es el primer ocupante de un recurso escaso previamente sin dueño el que se lo apropia, es decir, se convierte en su propietario. Un recién llegado que tome control de todo o parte de esa propiedad con dueño es sencillamente un ladrón, porque la propiedad ya tiene dueño. El ladrón establece de hecho una nueva y arbitraria norma de apropiación que reemplaza la regla del primer ocupante, que es la norma particular de que “Yo me convierto en dueño de la propiedad cuando te la quito por la fuerza.” Por supuesto esa norma no es en absoluto una norma y es claramente inferior a la del primer poseedor. La norma del ladrón es particular, no universal; no es justa y sin duda no está diseñada para evitar conflictos.

⁷² Ver, por ejemplo, Murray N. Rothbard, *Economic Thought Before Adam Smith: An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*, vol. 1 (Brookfield, Vt.: Edward Elgar, 1995), p. 453: “De hecho, fue Adam Smith quien resultó casi único responsable de la inclusión en la economía de la teoría del valor trabajo. Y por tanto es a Smith al que hay que considerar razonablemente como responsable de la aparición y las trascendentales consecuencia de Marx.” <http://mises.org/books/histofthought1.pdf> Incluso grandes pensadores en otros aspectos a veces ponen un énfasis inadecuado en la importancia del trabajo en el proceso de adquisición de la propiedad y su capacidad de ser “poseída”. Por ejemplo, el mismo Rothbard deduce que un individuo “posee su propia persona y por tanto su propio trabajo.” Rothbard, *Justice and Property Rights*, p. 284. Ver también Rothbard, *The Ethics of Liberty*, p. 49. Es un metáfora equívoca hablar de “poseer el trabajo de uno” (o la vida o las ideas de uno). El derecho de usar o beneficiarse del trabajo de uno es sólo una consecuencia de controlar el propio cuerpo, igual que el derecho de “libre expresión” es sólo una consecuencia, o un derivado, del derecho a la propiedad privada, como reconoció Rothbard en *The Ethics of Liberty*, especialmente en el capítulo 15.

⁷³ Ver también Reisman, *Capitalism*, pp. 388-89.

⁷⁴ Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, pp. 139–41, 237 n. 17.

Los proponentes de propiedad intelectual también deben proponer una nueva norma de apropiación para complementar, si no reemplazar, la norma del primer poseedor; deben mantener una segunda manera por la que un individuo puede obtener propiedad tangible. Por ejemplo, el partidario de la propiedad intelectual debe proponer una norma de apropiación en la línea de lo siguiente: “Una persona que aporte una idea útil o creativa que pueda dirigir a un actor en el uso de su propiedad tangible obtiene instantáneamente un derecho a controlar toda la propiedad tangible del mundo en relación con usos similares a aquélla.” Esta supuestamente moderna técnica de apropiación es tan poderosa que le da al creador derechos sobre propiedades tangibles de terceros que ya tienen dueño.

Por ejemplo, al inventar una nueva técnica para excavar un pozo, el inventor puede prohibir al resto del mundo excavar pozos de esa manera, incluso en sus propiedades. Por poner otro ejemplo, imaginemos el tiempo en que los hombres vivían en cavernas. Un tipo listo (llamémosle Galt-Magnon) decide construir un refugio en un campo abierto, junto a sus plantaciones. Sin duda es una buena idea y los demás se dan cuenta de ello. Naturalmente imitan a Galt-Magnon y empiezan a construir sus propios refugios. Pero el primer hombre que inventa una casa, de acuerdo con los partidarios de la propiedad intelectual, tendría un derecho de prohibir a los demás construir casas en sus propios terrenos, con su propia madera o a cobrarles una tasa si las construyen. Es evidente que el innovador en estos ejemplos se convierte en propietario parcial de la propiedad tangible de otros (en este caso, terreno y madera), no a causa de primera ocupación y uso de esa propiedad (que ya tiene dueño), sino por haber aportado una idea. Esta norma se opone claramente a la de apropiación por el primer usuario, denegando arbitrariamente y sin fundamento la norma principal de ocupación que es la base de todos los derechos de propiedad.

De hecho, no hay razón por la que la mera innovación dé al innovador la titularidad de la propiedad de la que otros ya son dueños. Sólo porque pueda proponerse una norma no quiere decir que sea factible o justa. Pueden imaginarse muchas normas arbitrarias por las que pueden establecerse los derechos de propiedad. Por ejemplo, un racista puede proponer que cualquier persona blanca puede apropiarse de cualquier propiedad previamente ocupada por una persona negra. O bien: el tercer ocupante de un recurso escaso se convierte en su propietario. O: el Estado puede apropiarse de todos los bienes de capital, aunque hayan sido adquiridos previamente por individuos. O: por decreto legislativo, el Estado puede apropiarse, bajo la forma de impuesto, de parte de las propiedades inmobiliarias que ya son propiedad de individuos privados. Todas esas normas arbitrarias de apropiación, incluyendo la norma sobre propiedad intelectual de que los innovadores se apropian de un control parcial de los recursos tangibles de los demás, son injustificables. Todas entran en conflicto con la única norma de apropiación justificable, la primera ocupación. Ninguna establece normas justas y objetivas para evitar los conflictos interpersonales sobre recursos escasos. Las discusiones sobre la protección de derechos sobre “ideas”, “creaciones” u “objetos de valor” sólo sirven para ocultar que el partidario de la propiedad intelectual se opone al indiscutible derecho de apropiación y posesión de propiedad privada.

La propiedad intelectual como contrato

Los límites de la contratación Por lo tanto, la ley debería proteger los derechos individuales al propio cuerpo y a los recursos escasos legítimamente adquiridos (propiedad). No hay un derecho natural sobre objetos ideales (sobre innovación o creaciones intelectuales), sino sólo sobre recursos escasos. Muchos opositores a los derechos de propiedad intelectual típicamente sólo apoyan acuerdos contractuales para proteger ideas e innovaciones (contratos privados entre dueños de propiedades).⁷⁵ Por ejemplo, supongamos que A escribe un libro y vende copias

⁷⁵ Ver McElroy, *Intellectual Property: Copyright and Patent*; Roy Halliday, *Ideas as Property, Formulations 4*, no. 4 (Verano 1997) <http://royhalliday.home.mindspring.com/ideas%20as%20property.htm>; Bouckaert, *What is Property?* *Harv. J. Law & Publ. Pol'y* 13, no. 3 (Summer 1990): 812-813. pp. 804-5 http://www.stephankinsella.com/wp-content/uploads/texts/bouckaert_what-is-property-1990.pdf; Palmer,

físicas del mismo a numerosos compradores $B_1, B_2 \dots B_N$, con la condición contractual de que cada comprador B se obliga a no hacer o vender una copia del texto. Bajo todas las teorías contractuales, cualquiera de los compradores B es responsable frente a A, al menos por daños y perjuicios, si viola esas condiciones.⁷⁶

Pero los partidarios de la visión contractual de la propiedad intelectual se equivocan si creen que el contrato privado puede utilizarse para recrear el mismo tipo de protección que permiten los derechos modernos de propiedad intelectual. Las patentes y los derechos de autor existen contra todos los demás, independientemente de que consientan en un contrato. Son derechos reales que obligan a todos, de la misma manera que mi título sobre un terreno obliga a todos a respetar mi propiedad (aunque no tengan un contrato conmigo). Por el contrario, un contrato sólo obliga a las partes del mismo. Es como una ley privada entre las partes.⁷⁷ No obliga a terceros, es decir a quienes no estén “en privado” con las partes originales.⁷⁸

Por lo tanto si el comprador del libro B cuenta a terceros T el argumento de la novela comprada, estos terceros T, no están obligados, en general, por la obligación contractual originaria entre A y B. Y si aprendo cómo ajustar el carburador de mi coche para duplicar su eficiencia o si sé de un poema o argumento de película que haya escrito otro, ¿por qué tengo que hacer como si lo ignorara y evitar actuar en función de este conocimiento? No me he obligado por contrato con el creador. No niego que pueda haber obligaciones contractuales implícitas o tácitas, pero en esas situaciones ni siquiera hay un contrato implícito.

Tampoco puede generalizarse que hayamos robado o adquirido fraudulentamente la información, puesto que hay muchas maneras legítimas por las que los individuos pueden obtenerla. Los trabajos artísticos, por su naturaleza, normalmente se hacen públicos. Igualmente los descubrimientos e innovaciones científicos pueden divulgarse fuera de las partes de acuerdos de confidencialidad. Y sin duda no puede decirse que el uso de mi carburador o el escribir una novela con el mismo argumento interfiera físicamente con el uso que haga el creador de su propiedad tangible. Tampoco impide que el creador utilice su propia idea para mejorar su coche o el de otros, o use ese argumento.

Por tanto, mi ajuste del carburador no es una vulneración de un contrato, no es un robo y no es un allanamiento de la propiedad tangible del inventor. Manipular mi carburador no viola los derechos del inventor. Como mucho, mi uso de su idea disminuye su valor para el inventor, al dificultar su capacidad de explotarla monopolísticamente. Sin embargo, como hemos visto, no puede tenerse un derecho sobre el valor de la propiedad, sino sólo sobre su integridad física.⁷⁹ Luego, el uso del contrato sólo nos lleva algo más lejos. El editor puede ser capaz de obligar contractualmente a sus compradores a no copiar su libro, pero no puede impedir que terceros lo publiquen y vendan, salvo que algún contrato lo prohíba.

Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach, pp. 280, 291–95; Palmer, Are Patents and Copyrights Morally Justified? pp. 821 n. 8, 851–55, 864 y Richard O. Hammer, Intellectual Property Rights Viewed as Contracts, Formulations 3, no. 2 (Winter, 1995–96). <http://freenation.org/a/f32h3.html>

⁷⁶ Ver por ejemplo, Kinsella, A Theory of Contracts; Rothbard, The Ethics of Liberty, cap. 19; Williamson M. Evers, Toward a Reformulation of the Law of Contracts, Journal of Libertarian Studies 1, no. 1 (Invierno 1977), pp. 3–13 http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16735&Itemid=0 y Randy E. Barnett, A Consent Theory of Contract, Columbia Law Review 86 (1986), pp. 269–321. <http://randybarnett.com/acconsent.htm>

⁷⁷ Bajo la norma legal internacional *pacta sunt servanda* (los contratos son para cumplirse), los contratos entre entes soberanos (estados, en el contexto internacional) crean una “ley acordada” entre las partes. Ver Paul E. Comeaux y N. Stephan Kinsella, Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk (Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1997), caps. 2 y 5. <http://www.kinsellalaw.com/wp-content/uploads/polrisk/polrisk-files/APP01.pdf>

⁷⁸ Boudewijn Bouckaert, “What is Property?” pp. 795, 805.

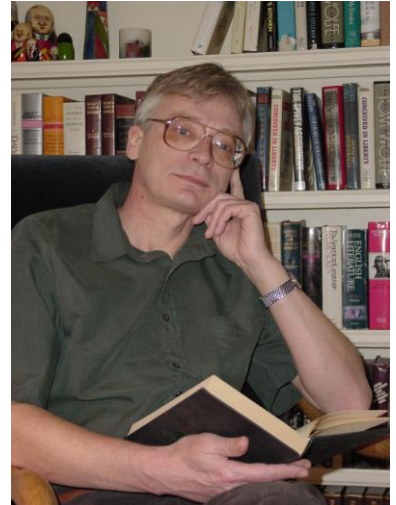
⁷⁹ Hoppe, A Theory of Socialism and Capitalism, pp. 139–41, 237 n. 17.

Contratos contra derechos reservados Por lo tanto, terceros que no sean parte en el contrato y no se encuentren entre los obligados y obligantes, no se ven afectados por la relación contractual. Por ello, aunque un innovador puede usar un contrato para evitar que determinados individuos puedan usar libremente sus ideas, resulta difícil utilizar una ley contractual estándar para evitar que terceros utilicen ideas que obtengan de otros. Quizás al percibir este problema, algunos partidarios de una cuasi-propiedad intelectual evolucionan de una visión puramente contractual a una de “reserva de derechos” en la que los derechos de propiedad sobre recursos tangibles se contemplan como un haz divisible de derechos.

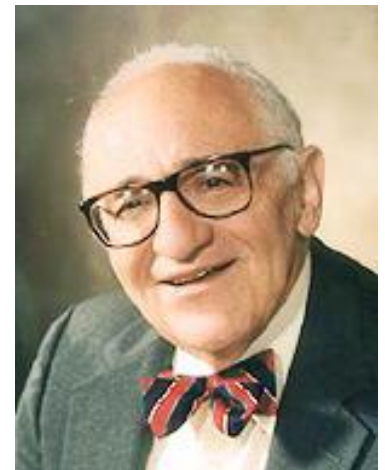
Por ejemplo, bajo la perspectiva del haz de derechos, el propietario de un terreno puede vender el mineral del mismo a una compañía petrolífera, reteniendo los derechos de superficie, excepto una servidumbre de paso otorgada a un vecino y un usufructo del terreno para su madre. Recurriendo a la noción del haz de derechos, la teoría de la “reserva de derechos” sostiene que cierto tipo de propiedad intelectual “privada” puede generarse privadamente al reservar creativamente derechos de reproducir cosas tangibles vendidas a compradores.

Por ejemplo, Rothbard argumenta que puede otorgarse una “propiedad” (o “conocimiento”) condicional u otro, “reteniendo el poder de propiedad de diseminar el conocimiento de la invención.” O Brown, el inventor de una trampa para cazar ratones mejorada, puede estampar “copyright” y por tanto vender el derecho sobre cada trampa excepto el de reproducirla. Como los derechos reales que acompañan a propiedad intelectual legal, esas “reservas” supuestamente obligan a todos, no sólo a los que han contratado con el vendedor original. Por tanto, terceros que sean conscientes, compren o lleguen de cualquier forma a la posesión de un bien restringido tampoco pueden reproducirlo (no porque hayan entrado en contacto con Brown, sino porque “nadie puede adquirir un título de propiedad superior sobre algo de lo que haya dispuesto o vendido.” En otras palabras, el tercero adquiere un bien tangible (digamos un libro o una trampa), pero de alguna forma sin la parte del “derecho de copia” del haz de derechos que “normalmente” constituye el derecho íntegro sobre la cosa. O el tercero adquiere la “propiedad” de la información de una persona que no es propietario de la misma y por tanto no está autorizado a transmitirla a otros.⁸⁰

Pero sin duda aquí falla algo. Supongamos que A escribe una novela y vende una primera copia, LIBRO₁, sin restricciones (es decir, sin reserva de derechos) a B₁ y una segunda copia, LIBRO₂, a B₂ (pero “reservándose” el “derecho de copia” inherente al libro). Los dos libros, LIBRO₁ y LIBRO₂ parecen idénticos a los terceros. Pero no lo son: uno está incompleto, el otro por alguna razón contiene más “esencia de derechos” entre sus páginas. Supongamos que B₁ y B₂ dejan esos libros en un banco del parque, donde los descubre un tercero T. De acuerdo con Rothbard, a LIBRO₂ le “falta” el “derecho de copia”, igual que un juguete electrónico que se vende “sin pilas incluidas.” Como si existiera un tentáculo místico e invisible de “propiedad de reproducción” que uniera a LIBRO₂ a su verdadero propietario A, donde quiera que esté. Por tanto, aunque T encuentre y se apropie del abandonado LIBRO₂, este libro no contiene “en sí mismo” el derecho a permitir copiarlo a su propietario. Es constantemente



Hans Hermann Hoppe
(1949-)



Murray Rothbard (1926-
1995)

⁸⁰ Rothbard, *The Ethics of Liberty*, p. 123.

succionado a través de un agujero de derechos que le conecta con el propietario A. Por tanto, si T se apropia del libro, se apropia nada más que de lo que adquiere. T se apropia sólo de un libro sin un derecho de copia “incluido”, y por tanto no tiene derecho a copiar LIBRO₂. Lo mismo es cierto para subsiguientes terceros que lleguen a poseer el libro.

¿Puede sostenerse esta opinión? ¿Podemos concebir que los derechos de propiedad funcionen de esta manera? Y aunque podamos, ¿se obtendría así el resultado esperado (evitar que terceros utilicen las ideas protegidas)? Es difícil sostener que los derechos puedan reservarse de esta forma. Una función de los derechos de propiedad es, después de todo, evitar conflictos al poner al corriente a terceros sobre los límites de la propiedad. Los límites deben ser necesariamente objetivos y determinables intersubjetivamente: deben ser visibles. Sólo si los límites son visibles pueden ser respetados y los derechos de propiedad sirven a su función de permitir evitar conflictos. Sólo si esos límites son a la vez visibles y objetivamente justos (justificables) puede esperarse que se adopten y cumplan. Pero piensen en los dos libros, LIBRO₁ y LIBRO₂. ¿Puede alguien indicar la diferencia entre ellos? ¿Cómo podría verse la ligazón de derechos conectada al último, pero no al primero? ¿Cómo puede esperarse que terceros respeten un límite de propiedad amorfo, invisible, místico, sobrenatural, posiblemente desconocido e incognoscible?

Las implicaciones de esta perspectiva son problemáticas. Palmer escribe: *La separación y retención del derecho de copia del haz de derechos que llamamos propiedad es problemático. ¿Puede reservarse, por ejemplo, el derecho a recordar algo? Supongans que escribo un libro y lo ofrezco a alguien para que lo lea, pero retengo un derecho: el de recordarlo. ¿Estaría justificado si le llevara a los tribunales si puedo probar que ha recordado el nombre del protagonista del libro?*⁸¹

Pero los terceros aún tienen un problema con esta teoría. Aún si un vendedor de un objeto puede de alguna forma “reservarse” ciertos derechos de uso con respecto al bien vendido, ¿cómo se evita que terceros utilicen información que aparece o está contenida en ese objeto? Los partidarios de los derechos reservados dicen más que el comprador inmediato B₁ se ve obligado a no reproducir el libro, porque este resultado puede obtenerse apuntando que hay un contrato implícito entre el vendedor A y el comprador B₁. Consideremos un tercero, T₁, que encuentra y lee el libro abandonado, aprendiendo así la información que contiene. Alternativamente consideremos otro tercero, T₂, que nunca ha estado en posesión o incluso visto

⁸¹ Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?*, p. 853. Palmer también cita los siguientes pasajes ilustrativos. Hegel argumentaba: “La sustancia del derecho de un autor o un inventor no puede encontrarse en primera instancia en el suposición de que cuando dispone de una copia de su trabajo hace de ella arbitrariamente una condición de que el poder de producir facsímiles como cosas, un poder que de otra forma pasaría a la posesión de otros, no sería propiedad del otro sino que permanecería en su poder. La primera cuestión es si esa separación entre la propiedad de la cosa y el poder de producir facsímiles que se da con ella es compatible con el concepto de propiedad y si esto no cancela la propiedad completa y libre sobre la que originalmente depende la opción de productor del trabajo intelectual para reservarse el poder de reproducir o de participar con este poder como algo de valor o no darle ningún valor y entregarlo junto con cada ejemplar de su trabajo.” G. F. G. Hegel, *Philosophy of Right*, Translated by S. W. Dyde, Batoche Books, 2001. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=7078&Itemid=0, citado en Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?* p. 853 n. 138. Y, como señaló Kant: “Aquellos que consideran la publicación de un libro como el ejercicio de los derechos de propiedad respecto de una copia (puede haber llegado al poseedor como un [manuscrito] del autor o como una obra publicada por algún editor previo) y que aún mediante la reserva de ciertos derechos... querría seguir restringiendo el ejercicio de los derechos de propiedad manteniendo la ilegalidad de la reproducción, nunca se atenderán a su fin. Porque los derechos de un autor relativos a sus propios pensamientos siguen están en él a pesar de la reimpresión y puesto que no puede haber un permiso distinto para el comprador del libro para el uso o limitación de su uso como propiedad, cuánto menos sería una mera presunción suficiente para dar peso a una obligación. Immanuel Kant, *Was ist ein Buch?* en *Die Metaphysic die Sitten*, ed. W. Weischedel (Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1977), p. 581, traducido y citado en Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?* p. 853 n. 138; para una traducción alternativa, ver Immanuel Kant, *Essay Three: Of the Injustice of Counterfeiting Books*, trad. John Richardson, ed. y rev. Stephen Palmquist (1994).

el libro, sencillamente aprende la información del libro a través de cotilleos, grafitis, correo electrónico no solicitado y cosas así. Ni T_1 ni T_2 tienen un contrato con A, pero ahora poseen cierto conocimiento. Aunque el libro no contenga de alguna forma un “derecho de reproducción”, ¿cómo puede evitarse que T_1 y T_2 utilicen su propio conocimiento? Y aunque digamos que T_1 está “obligado” por alguna razón por un aviso de copyright contractual impreso en el libro (una visión insostenible de un contrato), ¿cómo se obliga a T_2 mediante un contrato o derecho reservado?

Rothbard intenta abordar este punto como sigue:

Una objeción común se desarrolla como sigue: de acuerdo, sería delictivo que Green [el comprador] produzca y venda la trampa de Brown, pero supongamos que algún otro, llamémoslo Black, que no tiene contrato alguno con Brown, resulta que ve la trampa y se decide y produce y vende la réplica. ¿Por qué habría que condenarle? La respuesta es... que nadie puede adquirir sobre algo un título de propiedad mayor que el que se le ha otorgado o vendido. Green no posee el derecho íntegro de propiedad sobre su trampa, de acuerdo con su contrato con Brown, sino limitado en la posibilidad de vender... una réplica. Por tanto, el título de Black sobre la trampa, la propiedad de las ideas que hay en su cabeza no pueden ser mayores que las de Green y por tanto él también violaría la propiedad de Brown, aunque él mismo no sea parte real del contrato.⁸²

Este razonamiento presenta muchos problemas. En primer lugar, Black sólo ve la trampa de Green. No ve ni accede a la idea en la cabeza de Green. Ni siquiera necesita acceder a ella para poder duplicar las funciones evidentes de la trampa.

Además, las ideas en la cabeza no se “poseen” más de lo que se posee el trabajo. Sólo se poseen los recursos escasos. Al perder de vista la escasez como un aspecto necesario para qué lado puede ocuparse y la regla de la primera ocupación como la manera de poseer las cosas, Rothbard y otros se desvían hacia la noción errónea de que puede tenerse propiedad sobre ideas y trabajo. Si reconocemos que no puede tenerse propiedad sobre las ideas (no son recursos escasos), esa creación no es ni necesaria ni suficiente para la propiedad (la primera ocupación sí lo es) y que el trabajo no necesita “poseerse” para ser un ocupante, el problema que causan esas nociones confusas desaparece.

Si de alguna forma Black llega a poseer las ideas implícitas en lo que Brown inventó (en el ejemplo de Rothbard, “resulta que [la] ve”), es irrelevante que la trampa no tenga un “derecho de copia” en ella. Porque Black no necesita ese permiso para usar su propiedad si lo ve adecuado. ¿Cómo puede ocurrir que “resultando que ve” la trampa Black se convierta en un violador de los derechos de Brown?

Toda acción, incluida la que emplea medios escasos en propiedad implica el uso de conocimiento técnico.⁸³ Parte de este conocimiento se obtiene a partir de lo que vemos, incluyendo la propiedad de otros. No tenemos que tener un “derecho de copia” como parte de un haz de derechos para tener derecho a imponer una forma o disposición determinada a un objeto de nuestra propiedad. Por el contrario, tenemos derecho a hacer todo lo que queramos en y sobre nuestra propiedad, siempre que no invadamos los límites de la propiedad de terceros. No debemos perder de vista este punto libertario crucial. Si poseo un terreno de 1000 metros cuadrados, puedo saltar desnudo en él, no porque el terreno tenga algún “derecho a saltar desnudo”, sino porque soy el dueño del terreno y usarlo de esa forma no viola (necesariamente) los derechos de propiedad de otros.

De forma similar, estoy autorizado a hacer lo que quiera con mi propiedad (mi coche, mi papel, mi procesador de textos), incluyendo mejorar el carburador de mi coche o usar mi tinta para imprimir

⁸² Rothbard, *The Ethics of Liberty*, p. 123.

⁸³ Kinsella, *Knowledge, Calculation, Conflict, and Law*; Jörg Guido Hülsmann, *Knowledge, Judgment, and the Use of Property*, *Review of Austrian Economics* 10, no. 1 (1997), p. 44.
http://mises.org/journals/rae/pdf/rae10_1_2.pdf

palabras en mi papel. Es decir, salvo que esté obligado contractualmente ante otro a restringir mis acciones respecto de mi uso de ese conocimiento. No tengo que encontrar antes en mi propiedad un “derecho de usar de cierta forma” porque todas las maneras de usarlo, salvo aquellas que invadan los límites de la propiedad de terceros, están comprendidas el derecho de uso general de mi propiedad. Los libertarios creen en derechos, no en permisos. No necesitan recibir permiso para realizar acciones en su propiedad. Contrariamente a las sociedades totalitarias, todo lo que no está prohibido, está permitido. La perspectiva de la reserva de derechos revertiría esto al suponer que cada uso de la propiedad sólo es válido si ese derecho de uso en particular puede encontrarse o localizarse de alguna forma en dicha propiedad.

Piensen en el siguiente ejemplo. El granjero José descubre petróleo en su terreno. Nadie en varias millas a la redonda sabe nada sobre el oro negro. José piensa en comprar los terrenos de sus vecinos por una miseria: los venderán baratos, puesto que no saben nada acerca del petróleo. En mitad de la noche, su vecino chismoso Cooter, que sospecha del reciente buen humor de José, se introduce en su propiedad y descubre la verdad. A la siguiente mañana, en la peluquería de Floyd, Cooter le cuenta todo a Clemente y a los demás. Uno de ellos se apresura a ir a un teléfono y avisa a un reportero del Wall Street Journal (que resulta ser su sobrino). Pronto resulta ser del dominio común que hay petróleo en los alrededores. Los vecinos pasan a pedir precios exagerados por el terreno, arruinando los planes de José.

Concedamos que Cooter puede ser procesado por invasión de propiedad y daños. La pregunta es ¿puede evitarse que los vecinos de José actúen de acuerdo con sus conocimientos? Es decir, ¿se los puede obligar de alguna manera a pretender que no saben nada acerca del petróleo y vender al terreno a José por la cantidad en la que “hubieran vendido” cuando no sabían nada? Por supuesto que no. Poseen sus terrenos y pueden utilizarlos como les parezca. Al contrario que la propiedad tangible, la información no tiene dueño: no es propiedad. El poseedor de un reloj robado puede tener que devolverlo, pero en tanto el que adquiere conocimiento no lo obtenga ilícitamente o violando un contrato, es libre de actuar en consecuencia.

Sin embargo, hay que advertir que de acuerdo con la perspectiva de la reserva de derechos, no se permitiría a los vecinos actuar de acuerdo con sus conocimientos, porque en definitiva los han obtenido de Cooter, un allanador que no tenía la “titularidad” de ese conocimiento. Por tanto, no podrían haber obtenido un “título mayor” que el que tenía el propio Cooter. Hay que advertir también que otros, como geólogos que busquen depósitos petrolíferos, no podrían incluir esta información en sus mapas. Deben simular ignorancia hasta recibir permiso de José. Esta ignorancia impuesta se corresponde con la escasez no natural impuesta por la propiedad intelectual. Claramente no hay garantía desde la perspectiva de los derechos reservados que pueda prohibir en modo alguno a terceros utilizar el conocimiento que adquieren.

Sencillamente, no es legítimo restringir el modo que un propietario pueda disponer de su propiedad salvo que se haya obligado contractualmente o haya adquirido la información violando los derechos del propietario de la misma. Hablar de reservarse el derecho de copia es simplemente un forma de evitar la noción contractual de que sólo las partes del contrato están obligados por él.⁸⁴

Por tanto, en general, los compradores sólo pueden obligarse por contrato con los vendedores a no copiar o incluso revender la cosa. Sin embargo, una vez que terceros conozcan las ideas que subyacen a la invención o el trabajo literario, su uso de ese conocimiento, en general, no violaría

⁸⁴ Por supuesto, en el anarco-capitalismo es difícil predecir qué instituciones, redes y regímenes contractuales extensivos pueden aparecer. Varios enclaves y comunidades bien pueden obligar a sus clientes o “ciudadanos” a acatar ciertas normas similares a la propiedad intelectual. Sobre anarco-capitalismo, ver, por ejemplo, Hans-Hermann Hoppe, *The Private Production of Defense*, *Journal of Libertarian Studies* 14, no. 1 (Invierno 1998–1999), pp. 27–52.
https://www.mises.org/journals/jls/14_1/14_1_2.pdf

ningún derecho de propiedad reconocible del vendedor. A partir de esta visión de la escasez, la propiedad y el contrato, examinemos la legitimidad de las formas más comunes de propiedad intelectual.

Derecho de autor y patente Como ya debería ser evidente, el derecho de autor y las patentes buscan evitar que propietarios de propiedades tangibles (recursos escasos) utilicen su propiedad como les parezca. Por ejemplo, tienen prohibido, bajo la ley de las patentes, practicar métodos patentados en su propiedad o modelarla con la forma de dispositivos patentados, aunque hayan inventado independientemente el método o dispositivo. Bajo la ley de derechos de autor, terceros que no hayan contratado con el autor no pueden copiar o beneficiarse del trabajo original del autor. Claramente, los vendedores de novelas u obras literarias pueden contratar con los compradores y prohibir que éstos reproduzcan o incluso revendan la cosa. Estas redes contractuales pueden ser complejas: un novelista puede licenciar su historia a un estudio cinematográfico bajo la condición de que éste obligue a los cines a obligar a sus clientes a aceptar no reproducir el argumento de la película y así sucesivamente. Pero una vez que terceros no implicados en un contrato adquieran esa información, son libres de usarla como les parezca. La perspectiva de los derechos reservados no cambia nada. Por tanto, sería probablemente difícil mantener algo similar a nuestras leyes actuales de patentes y derechos de autor mediante el solo uso de contratos.

Secretos Industriales Los secretos industriales son más fáciles de justificar que las patentes y derechos de autor. Palmer argumenta que “emergen” de derechos comunes de tipo legal y son, por tanto, legítimos.⁸⁵ La ley de secretos industriales permite obtener indemnizaciones o solicitar acciones judiciales para evitar acciones de “apropiación indebida” de un secreto industrial. Esto puede aplicarse contra la persona que haya adquirido ilegalmente el secreto y lo divulgue contraviniendo una obligación contractual, y también contra terceros que sepan que obtienen el secreto de esas personas.

Supongan que el empleado A de la compañía X tiene acceso a un secreto industrial de X, como la fórmula secreta de un refresco. Está sujeto a una cláusula de su contrato de trabajo que lo obliga a mantener esa fórmula en secreto. Más tarde cambia de empleo a la competencia Y. Y quiere usar la fórmula que conoce por A para competir con X. Con la ley actual, mientras la fórmula secreta no se haga pública, X puede obtener una orden judicial que evite que A revele el secreto a Y. Si A ya ha revelado el secreto a Y, también puede obtener un interdicto para evitar que Y utilice o publique la fórmula.

Resulta claro que el interdicto y la indemnización contra A son adecuados, porque A ha violado su contrato con X. Más cuestionables son las acciones contra Y, ya que Y no tiene contrato alguno con X. Sin embargo, en el contexto en el que normalmente aparecen esas situaciones, donde el competidor Y desea el secreto industrial y sabe que el empleado deshonesto está violando su contrato, podría argumentarse que Y actúa conspirando o como cómplice de A para violentar los derechos (contractuales) de secreto industrial de X, porque A no ha violado de hecho el acuerdo de secreto hasta que lo revela a Y. Si Y solicita activamente a A que lo haga, Y resulta ser cómplice o conspirador en la violación de los derechos de X. Así, al igual que el conductor del coche utilizado para huir en un robo o el jefe de la mafia que ordena un asesinato son correctamente responsables por actos de agresión cometidos por otros junto con los que conspiran, puede, en casos muy definidos, prohibirse a terceros utilizar un secreto industrial obtenido por aquel que lo robe.

Marcas Registradas Palmer también argumenta que la ley de marcas registradas es legítima.⁸⁶ Supongan que un lachmanniano⁸⁷ cambia el nombre de su desastrosa cadena de

⁸⁵ Palmer, *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, pp. 280, 292–93 y Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?* pp. 854–55.

⁸⁶ Palmer, *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, p. 280.

hamburgueserías de LachmannBurgers a RothbardBurgers, que es el nombre ya existente de otra cadena de hamburgueserías. Yo, como consumidor, quiero comerme una RothbardBurger. Veo uno de los falsos RothbardBurgers regentado por el perverso lachmanniano y compro una hamburguesa. Con la ley actual, Rothbard, el “propietario” de la marca registrada RothbardBurgers puede evitar que el lachmanniano utilice esa marca para vender hamburguesas, puesto que es “confusamente similar” a su propia marca registrada. Es decir, es como equivocarse a los consumidores como si fuera la fuente real de los bienes comprados. Por tanto, la ley de da el derecho al poseedor de la marca registrada contra el infractor.

Desde este punto de vista, los consumidores son los que ven violados sus derechos, no el propietario de la marca. En el ejemplo anterior, yo (consumidor) pensé que estaba comprando una RothbardBurger, pero en su lugar obtuve una horrible LachmannBurger con su estúpida salsa. Debería tener derecho a demandar al lachmanniano por fraude y ruptura de contrato. Sin embargo, es difícil ver cómo este acto de fraude, perpetrado sobre mí por el lachmanniano, puede violar los derechos de Rothbard. Las acciones del lachmanniano no invaden físicamente la propiedad de Rothbard. Ni siquiera convencen a terceros para que lo hagan. Como mucho, puede decirse que convencen a terceros a realizar una acción dentro de sus derechos, que incluyen comprar una hamburguesa al lachmanniano, en lugar de a Rothbard. Por tanto, parece que, bajo una óptica libertaria, la ley de marcas industriales debería dar a los consumidores, no a los usuarios de marcas registradas, el derecho a demandar a piratas de marcas registradas.

Aún más, nuevas extensiones novedosas de las marcas registradas, como los derechos contra la depreciación de marcas registradas o ciertas formas de ciberocupación,⁸⁸ no tienen justificación. Así como un poseedor de una marca registrada no tiene un derecho a su marca, tampoco tiene derecho contra su depreciación. La ley contra la ciberocupación se basa sencillamente en una oposición ignorante económicamente del mercado negro y el arbitraje. Por supuesto, no hay nada malo en ser el primero en adquirir un nombre de dominio y por tanto venderlo al que más ofrezca.

Conclusión Por tanto, vemos que un sistema de derechos de propiedad sobre “objetos ideales” requiere necesariamente la violación de otros derechos de propiedad, es decir, del uso de la propiedad tangible como se desee.⁸⁹ *Un sistema de ese tipo requiere una nueva regla de ocupación que subvierta la norma del primer ocupante. La propiedad intelectual, al menos en forma de patente y derecho de autor no puede justificarse.*

No sorprende que defensores de la propiedad intelectual, como abogados, artistas e inventores, a menudo parezcan dar por sentada su legitimidad. Sin embargo, quienes tienen mayor conciencia de la libertad, la verdad y los derechos no deberían dar por supuesto el uso institucionalizado de la fuerza utilizado para garantizar los derechos de propiedad intelectual. Por el contrario, deberían reafirmar la primacía de los derechos individuales sobre nuestros cuerpos y recursos escasos apropiados.

⁸⁷ Ludwig Lachmann (1906-1990) fue un economista prominente de la escuela austríaca.

⁸⁸ La ciberocupación es la acción y efecto de registrar un nombre de dominio, a sabiendas de que otro ostenta mejor título a él, con el propósito de extorsionarlo para que lo compre o bien simplemente para desviar el tráfico web hacia un sitio competidor o de cualquier otra índole. <http://es.wikipedia.org/wiki/Ciberocupaci%C3%B3n>

⁸⁹ Palmer, *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, p. 281; y Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified?* pp. 831, 862, 864–65.