

ENTRE EL HUEVO O LA GALLINA Y LA PLANCHADA O LA CAMISA: INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL

Enrique Cavero Safra *

Uno de los aspectos más cuestionados a la protección de la propiedad intelectual es su aparente ineficiencia económica: se habla de la necesidad de un acceso público a la información con la menor cantidad de trabas posible. Sin embargo, existe también un objetivo económico dentro de la propiedad intelectual: otorgar un incentivo a las personas para que puedan crear e investigar, con la esperanza de obtener una ganancia de ello.

En el presente artículo, el autor explica los puntos de vista a favor y en contra de la propiedad intelectual, describiendo sus argumentos y mostrando el beneficio económico que trae la protección de las ideas. De esta forma se llega a la conclusión que es necesario encontrar un punto medio entre ambos. Sólo de este modo se incentivará la producción intelectual, siempre ponderando este incentivo con la necesidad de un acceso público y global a la información y la cultura.

* Abogado. Especialista en Derecho de la Competencia y Propiedad intelectual. Socio de Hernández & Cia. Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia que tiene la propiedad intelectual en la llamada “era de la información” es enorme, puesto que los bienes intelectuales son fundamentalmente información. Desde internet, pasando por las redes sociales, hasta la conectividad móvil; la revolución digital y otros cambios tecnológicos que han cambiado nuestra forma de ver el mundo y de interactuar con él, han puesto a los bienes intelectuales en el foco del interés económico, social y político. Según algunos cálculos, es probable que el valor de la propiedad intelectual sobre bienes, como software, música, patentes, películas, bases de datos y marcas, sea mayor hoy en día que el de la propiedad de bienes físicos como inmuebles y maquinaria¹ y podría representar hasta los dos tercios del valor de las grandes compañías industriales².

El nuevo entorno también ha puesto sobre la mesa nuevas formas de hacer negocios y de crear contenidos; se han generado nuevos incentivos y han desaparecido otros; han cambiado los costos de producir información y de controlar el flujo de la misma. La aparición de nuevas tecnologías y sistemas permite crear y copiar información de maneras novedosas y difundirla en muchas direcciones con gran velocidad o en tiempo real. Asimismo, este nuevo entorno ya no es de ámbito local ni nacional, sino globalizado.

Todo ello ha causado que la capacidad de fiscalizar y hacer cumplir las leyes sobre propiedad intelectual (*enforcement*) sea en muchos aspectos más complicado y costoso, lo cual a su vez ha generado la búsqueda de nuevas tecnologías que permitan facilitar dicha tarea. Ello, con el añadido de que ésta vez el problema no se limita a la aparición de una tecnología puntual, como pudo haber sido en su momento la fotocopiadora o el Betamax, sino que atañe al sistema mismo, a la nueva e irreversible manera que tienen las personas de interactuar y de compartir información.

En línea con lo anterior, en la última década se ha producido una importante cantidad de literatura académica sobre análisis económico de la propiedad intelectual y se han planteado debates sobre ciertos aspectos. En ese contexto, el propósito de este trabajo es hacer una revisión a grandes rasgos del marco conceptual, para identificar los principales argumentos, críticas y problemas. No se busca más que hacer una aproximación introductoria a los temas más importantes y, en ocasiones, formular algunos comentarios puntuales. Para el efecto, hemos dividido el trabajo en cuatro partes: las dos primeras sobre los principales argumentos a favor de la propiedad intelectual y las dos últimas sobre sus principales críticas.

II. LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual ha encontrado sustento teórico de dos tipos: filosófico y económico. El primero de ellos, de carácter deontológico o ético, está basado fundamentalmente en el concepto de que todo hombre tiene derecho a la propiedad de aquello que ha creado o de que toda persona tiene derecho a “cosechar lo que ha sembrado”, postulado por los filósofos del derecho natural, entre quienes destaca John Locke, como explica Macpherson: “Las fases iniciales de su razonamiento son tan conocidas que exigen pocos comentarios. Los hombres una vez nacidos, tienen un derecho a su conservación, y por consiguiente a comer y beber, y a otras cosas

¹ SALZBERGER, Eli. “The Law and Economics Analysis of Intellectual Property: Paradigmatic Shift from Incentives to Traditional Property”. En: <http://ssrn.com/abstract=1574994>.

² MENELL, Peter y Suzanne SCOTCHMER. “Intellectual Property. Handbook of Law & Economics”. En: <http://ssrn.com/abstract=741424>.

semejantes que la naturaleza les ofrece para su subsistencia. La tierra y sus productos fueron entregados a los hombres ‘para su sustento y bienestar’. Y aunque pertenecían a la humanidad en común, al entregarlos para que los hombres se sirvan de ellos necesariamente ha de haber un medio para que un hombre en particular se los apropie o se beneficie de ellos. Antes de que un hombre cualquiera pueda utilizar algo del producto natural de la tierra para alimentarse o mantenerse, ha de apropiárselo; ‘ha de hacerlo suyo, esto es, ha de hacerlo tan parte de sí mismo que ningún otro pueda tener ya un derecho a ello, antes de que puede hacerle algún bien para el mantenimiento de su vida’. Ha de haber, por tanto, algún medio justo de apropiación individual, esto es, un derecho individual a la apropiación. ¿Cuál es este derecho? El derecho, así como los límites y la medida iniciales del mismo, los deriva Locke del postulado adicional de que ‘todo hombre tiene la propiedad de su propia persona. Nadie, fuera de él, tiene derecho alguno sobre ella. El trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos, podemos decir, son propiamente suyos’. Siempre que un hombre saca algo de su estado natural, ha mezclado en ese algo su propio trabajo. Al mezclar con ello su propio trabajo, lo convierte en propiedad suya, ‘al menos cuando existe la cosa en cantidad suficiente y quede de igual calidad en común para otros’. Para justificar esta clase de apropiación no es necesario el consentimiento de los demás: ‘De haber sido necesario tal consentimiento, el hombre se habría muerto de hambre, en medio de la abundancia que Dios le había dado’. Así, a partir de los dos postulados –que los hombres tienen derecho a conservar su vida, y que el trabajo de un hombre es propiedad suya– justifica Locke, la apropiación individual del producto de la tierra originalmente entregado a la humanidad en común”³.

Desde el punto de vista el derecho natural, no existe mayor diferencia entre la propiedad sobre bienes físicos y bienes intelectuales. En la medida que se derive del trabajo y esfuerzo del hombre, ambos tipos de propiedad tienen el mismo sustento. Es importante notar, además, que desde dicha perspectiva, la propiedad tiene carácter inalienable y, por ende, no puede ser conculcada o comprometida, independientemente de que su asignación pueda disminuir el bienestar o la utilidad social, o causar una distribución económica ineficiente.

Para efectos del presente trabajo, no cabe decir más sobre el sustento deontológico, dado que nuestro propósito es revisar más bien el sustento económico. Ahora bien, desde el punto de vista del análisis económico del derecho hay, a su vez, dos líneas argumentales a favor de los derechos de propiedad intelectual. La primera está basada en el llamado “problema de los bienes públicos” y la segunda en la llamada “tragedia de los comunes”, que trataremos de resumir a continuación:

A. El paradigma de los incentivos y los bienes públicos

Esta teoría se resume en la idea de que los creadores de bienes intelectuales no tendrán los incentivos para producir en la medida en que no puedan disfrutar de los beneficios económicos de sus creaciones, cuando menos hasta recuperar los costos de su inversión y obtener una ganancia razonable, siendo que, debido a su carácter de bienes públicos, si se permitiese a todos copiarlas libremente, tales costos no podrían ser recuperados.

Una característica de los bienes públicos, entre ellos la información y las creaciones intelectuales, es que no puede excluirse a los demás de su uso, o que los costos de exclusión son sumamente altos. En pocas palabras, producir bienes intelectuales es

³ MACPHERSON, Crawford. “La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke”. Barcelona: Fontanella. 1970. p.174

difícil y caro, mientras que copiarlos es fácil y barato. Así, la imposibilidad o dificultad que tiene el creador de bienes intelectuales para excluir a los demás, es entendida como una externalidad o falla del mercado (vulnerabilidad frente a los *free riders*) que justifica la intervención del estado a través de la creación de derechos de propiedad intelectual legalmente exigibles.

El creador de bienes intelectuales incurre en una serie de costos en el proceso (“costos de creación”). En el caso de las invenciones (protegidas por el derecho de patentes) puede tratarse de estudios e investigaciones que toman muchos años y tienen costos sumamente elevados. En el caso de la literatura, música y otros productos culturales (protegidos por el derecho de autor)⁴ se trata fundamentalmente de un costo de oportunidad, es decir, el costo del tiempo que invierte el creador en lugar de dedicarlo a otra actividad lucrativa. Si se permitiese que otra persona, que no ha incurrido en este costo de creación, pudiera vender copias libremente, ésta únicamente tendría que incurrir en el costo marginal, es decir, el costo adicional de producir cada copia, pero que no incluye el costo de creación. La consecuencia económica de ello, por oferta y demanda, es que el precio de venta al público termina siendo igual al costo marginal. Luego, el creador se ve forzado por tal circunstancia a vender su producto también a costo marginal, no pudiendo recuperar los costos de creación⁵.

Al mismo tiempo, el carácter de bienes públicos que ostentan los bienes intelectuales les otorga la característica de no tener “consumo rival”, es decir, su uso por parte de algunos no impide o reduce el uso por parte de otros al mismo tiempo. Ello, determina que sea deseable o conveniente que la mayor cantidad de personas tengan acceso a estos bienes, porque así se maximiza el bienestar y la utilidad desde el punto de vista social. Cuando se crean derechos de propiedad intelectual y se prohíbe la libre copia y venta de los bienes intelectuales, se establece un monopolio legal sobre el bien intelectual a favor de su creador, que le permite cobrar por encima del costo marginal y recuperar su inversión o costo de creación. Cabe notar que este “monopolio”, en términos de libre competencia, es relativo, pues dependerá de la sustituibilidad del producto y tendrá diferentes consecuencias, por ejemplo, respecto de un medicamento que cura una enfermedad grave o una tecnología de avanzada, que respecto de una música o un libro, y respecto de unos u otros de éstos últimos, dependiendo de su popularidad y aceptación. En general, sin embargo, el precio “monopólico” que cobra el creador de un bien intelectual protegido produce una pérdida social equivalente a la suma de los precios que hubieran pagado todas aquellas personas que valoran el bien por encima del costo marginal pero por debajo del precio que impone el creador. Así, la sociedad deja de beneficiarse de la utilidad que hubiera significado que todas las personas que lo deseen tengan acceso a estos bienes.

De otro lado, gran parte de la innovación, tanto cultural cuanto tecnológica, ocurre a partir de creaciones anteriores. Más aún, el acceso a la cultura y tecnología anteriores es indispensable y fundamental para la creación de más tecnología y cultura, es decir, para posibilitar el desarrollo ulterior en esos campos. En teoría, el diseño de la propiedad intelectual busca evitar en la medida de lo posible la restricción innecesaria del acceso, no reconociendo derechos sobre ideas abstractas

⁴ Para efectos del presente trabajo y por simplicidad, utilizamos el término “derecho de autor” para referirnos de modo general e indistinto al derecho de autor propiamente dicho y a los llamados “derechos conexos”. Lo mismo ocurre con las referencias traducidas del inglés (todas ellas traducciones libres del autor y específicas para el presente trabajo) donde se traduce “*copyright*” por “derecho de autor”.

⁵ Para una explicación más detallada, ver: MENELL, Peter y Suzanne SCOTCHMER. Op. cit. También ver: LANDES, William y Richard POSNER. “The Economic Structure of Intellectual Property Law”. Cambridge: Harvard University Press. 2003.

o descubrimientos y reconociendo derechos sobre obras e invenciones derivadas. Por ejemplo, la idea de una historia de amor entre dos jóvenes pertenecientes a familias enemigas no es apropiable, sino la particular “ejecución” o forma de plasmar la idea en una obra de características concretas por un determinado autor, como “Romeo y Julieta” de Shakespeare. Asimismo, los descubrimientos científicos como la electricidad o la ley de gravedad no son patentables, sino la particular aplicación tecnológica de éstos, como por ejemplo, el foco de luz incandescente. Asimismo, un inventor puede innovar y mejorar una invención ya existente y tendrá derecho sobre la mejora, del mismo modo que un autor puede crear una obra derivada, basándose en una obra anterior y tendrá derechos sobre ésta.

Con todo, resulta inevitable un cierto grado de restricción, porque la línea divisoria entre la idea y la ejecución puede a veces ser muy tenue, y porque la utilización de una obra o invención derivada requiere que el autor o inventor de ésta llegue necesariamente a un acuerdo de licencia con el titular de la propiedad intelectual sobre la obra o invento original.

En consecuencia, para el análisis económico del derecho, el establecimiento de reglas de propiedad intelectual es entendido como un “mal menor”, necesario para evitar que los desincentivos lleven la producción de bienes intelectuales a niveles demasiado bajos, pero sin ignorar que ello tiene un costo en el beneficio social agregado y posiblemente también en el ritmo del avance cultural y tecnológico. Así, el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual es un “*trade off*” o intercambio entre dos objetivos que son deseables pero incompatibles, no pudiendo ser obtenidos ambos a la vez. Se asume entonces el costo de sacrificar en parte uno de ellos (en este caso, el acceso universal) a cambio de posibilitar el otro (generar los incentivos adecuados para la producción). Esta idea es de gran importancia, porque implica que el intercambio debe tender, en la medida de lo posible, a la maximización de ambos beneficios, es decir, su objetivo central debe ser el equilibrio entre la obtención de incentivos para los creadores de bienes intelectuales y el mayor acceso posible del público general a la cultura y tecnología resultantes. Ello implica, fundamentalmente, que los incentivos deben ser adecuados (que permitan al creador recuperar sus costos de creación, incluyendo una ganancia razonable) y no excesivos (que no posibiliten las ganancias oportunistas o especulativas y/o generen un retraso innecesario del desarrollo de la tecnología y la cultura).

B. La “tragedia de los comunes” y la teoría general de la propiedad

Es harto conocido el planteamiento de Hardin, según el cual la ausencia de derechos de propiedad deriva inevitablemente en la sobreexplotación y eventual pérdida de los recursos. Si tenemos un pastizal que puede ser utilizado por todos libremente para alimentar su ganado, ejemplifica Hardin, ocurrirá que todos tendrán incentivos para consumir los pastos e incluso para consumirlos en la mayor cantidad y menor tiempo que sea posible, pero nadie tendrá incentivos para mantener el pastizal, sembrarlo y regarlo, porque ello significaría hacer una inversión no recuperable⁶. Este fenómeno, mediante el cual unos imponen costos a otros a través de su actividad en vez de asumirlos directamente, se denomina en economía una “externalidad negativa”. Así, lo que los derechos de propiedad hacen posible es la “internalización” de externalidades, es decir, posibilita que quienes incurran en determinados costos paguen por ellos y de ese modo se generen los incentivos correctos para invertir en el mantenimiento y utilización eficiente de los recursos. En el ejemplo del pastizal, el propietario podrá cobrar a los demás por el derecho a

⁶ HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the Commons”. En: “Science” 162. 1968. pp. 1243-1248. En: http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html.

alimentar su ganado, pero también tendrá los incentivos adecuados para invertir en su mantenimiento. Una buena parte de la justificación económica de los derechos de propiedad está basada en esta idea y en la necesidad de internalizar externalidades para minimizar las oportunidades de parasitismo o “*free riding*” y asegurar de esa manera la utilización eficiente de los recursos que, de otro modo, serían sobreexplotados hasta consumirse del todo.

Cabe notar que también pueden darse externalidades positivas, cuando la actividad de alguien brinda a terceros beneficios en cuyos costos no han incurrido, como por ejemplo cuando el árbol del vecino me produce sombra (asumiendo que la sombra es algo deseable, pues de lo contrario sería una externalidad negativa) o cuando el vecino siembra un bosque que mejora la calidad del aire que uno respira.

Una parte de la doctrina postula que los derechos de propiedad intelectual sirven no solamente para generar incentivos para la creación de bienes intelectuales, sino también para asegurar su utilización eficiente y la inversión que resulta necesaria para su preservación y mantenimiento luego de que ya han sido creados, siendo la idea fundamental la necesidad de evitar el parasitismo o “*free riding*”. Esta concepción de la propiedad intelectual, en los casos en que resulta aplicable, lleva a la postulación de derechos no necesariamente limitados a lo necesario para incentivar la creación del bien, sino también su utilización y mantenimiento eficientes, es decir, derechos de mayor duración e incluso indefinidos.

Entre quienes más han desarrollado este argumento tenemos a Landes y Posner, que critican el paradigma tradicional del *trade off* entre incentivos y acceso según el cual los derechos de propiedad intelectual deberían existir únicamente por el tiempo estrictamente necesario para generar los incentivos adecuados a la creación, pues sostienen que en determinadas ocasiones resulta necesario evitar la sobreexplotación y el parasitismo, que de otro modo, terminarían destruyendo el valor del bien, de manera análoga a lo que ocurre con el pastizal en el ejemplo de Hardin: “El argumento asume que la única justificación para la protección del copyright es que incentiva la creación de nuevas obras. Ello puede ser un error (...). La teoría económica de la propiedad enfatiza no sólo sus efectos por el lado de los incentivos, sino también su efecto en la optimización del uso (...) Un ejemplo más cercano es el de un pastizal natural. La importancia de que sea natural en lugar de cultivado es la abstracción del incentivo como beneficio de reconocer derechos de propiedad sobre el mismo. El pastizal no es creado a partir del esfuerzo humano y por ende no hay valor social en incentivar inversiones para crearlo. Pero, en ausencia de derechos de propiedad el pastizal sería sobre-explotado porque ninguno de los usuarios se haría responsable de los costos que su uso impone a los otros usuarios haciendo a que su ganado tenga que pastar más para obtener la misma cantidad de alimento. Así, los derechos de propiedad generarían un beneficio distinto al de incentivar la creación de nuevas propiedades”⁷.

Según este argumento, existen áreas de la propiedad intelectual donde se aprecian beneficios análogos a los del ejemplo. Un primer caso es el de las marcas. Estas no pueden tener una duración limitada debido a dos factores: (i) se generaría confusión si la misma marca pudiera ser usada por productos de distinto origen empresarial y calidad; y, (ii) aún en situaciones donde no se produce confusión, su utilización indiscriminada o mal-utilización genera la pérdida del valor de la misma, como por ejemplo cuando un vendedor ambulante de comida pretende distinguir su negocio con la misma marca que una famosa línea de joyería, de alta costura o de comida

⁷ LANDES, William y Richard POSNER. “Indefinitely Renewable Copyright” En: University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper 154. p.12. En: <http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html>.

gourmet, razón por la cual se protege a las marcas notorias contra el fenómeno de la “dilución” como explica Fernández Novoa: “Dentro de los Actos del perjuicio y envilecimiento del renombre de la marca cabe contraponer dos hipótesis. La primera es aquella en que un tercero utiliza un signo idéntico o semejante a la marca renombrada en relación con productos o servicios que tienen una calidad y precio inferior o una naturaleza radicalmente distinta de la calidad y precio naturaleza de los productos diferenciados por la marca renombrada. Así por ejemplo, si la marca renombrada distingue productos de elevado precio y calidad máxima, el riesgo de envilecimiento surgirá en el supuesto de que un tercero aplique una marca idéntica o semejante a productos de consumo masivo y bajo precio que se vendan indistintamente en cualquier establecimiento del ramo. La segunda hipótesis es aquella en que un signo idéntico o semejante a la marca renombrada aparece en un contexto degradante o escandaloso. Así ocurrirá, singularmente, cuando el signo idéntico o semejante a la marca renombrada es empleado para designar productos o servicios relacionados con la pornografía, el consumo de drogas, etcétera. (...) Este riesgo puede describirse de siguiente modo: si el público comprueba que la marca renombrada es usada por un tercero en relación con productos diferentes de aquellos a los que venía aplicándose la marca, no tiene lugar ciertamente un riesgo de confusión ; pero es indudable que en tal hipótesis, el público recordará la marca y al percibir que la misma no es usada únicamente por el titular, ante los ojos del público se desvanecerán el carácter distintivo y el potencial publicitario de la marca renombrada. El perjuicio que amenaza a la marca renombrada estriba, por tanto, en la progresiva destrucción de la fuerza distintiva de la marca que inevitablemente se produciría si proliferasen las empresas que utilizan una marca idéntica o semejante a la marca renombrada”⁸.

Bullard anota una diferencia importante entre las marcas y otros bienes intelectuales como los protegidos por el derecho de autor y las patentes, en el sentido de que aquellas, a diferencia de éstos, sí tienen consumo rival, lo cual sería precisamente el factor que justifica que se les reconozca derechos análogos a la propiedad física. “La excepción sirve justo para confirmar la regla. Las marcas y demás signos distintivos tienen protección perpetua, siempre que uno los use y, en el caso de las marcas, cumpla con registrarlas y renovar el registro. La razón es obvia: las marcas sí tienen consumo rival. Dado que su función económica es distinguir unos productos de otros, si se permitieran el uso simultáneo de las mismas por diversas personas, no cumplirían su rol. Si varios usaran la palabra Coca Cola para distinguir bebidas gaseosas, se produciría una tremenda confusión en el mercado y los incentivos de los productores para mejorar sus productos y prestigiarlos se diluiría, pues una vez conseguido su objetivo, otros podrían copiar la marca sin problema. En realidad, lo que ocurre es que las marcas y signos distintivos en general son una ingeniosa figura legal para conceder una titularidad sobre el prestigio de un producto. Pero, para ser distintiva, el uso del elemento de identificación (la marca misma) debe ser exclusivo, lo que explica el carácter rival de su uso”⁹.

Sin embargo, en el esquema de Landes y Posner, el argumento no se limita a las marcas o a los signos distintivos. Otro ejemplo que utilizan es del denominado “*right of publicity*” del derecho anglosajón, que básicamente consiste en el derecho de exclusiva que tiene una persona sobre la utilización de su imagen o representación con fines comerciales. Allí, cabe notar, el argumento del incentivo a la creación del recurso pierde toda importancia ya que los incentivos que tienen las personas para hacerse o mantenerse famosas están relacionados más bien con la expectativa de

⁸ FERNANDEZ NOVOA, Carlos; “Tratado sobre derecho de marcas”. Madrid: Marcial Pons. 2001. pp. 330-334.

⁹ BULLARD, Alfredo. “Reivindicando a los Piratas: ¿Es la Piratería un Robo?”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Lima: Palestra. 2005. p. 334.

explotación directa que podrán hacer de su fama o notoriedad, mientras que los beneficios de éste derecho "*right of publicity*" (concernientes a la explotación secundaria hecha por terceros) tiene un valor mucho menor y absolutamente marginal para ellas¹⁰.

El "*right of publicity*" es una forma de propiedad intelectual que tiene una estrecha relación con las marcas y con la competencia desleal, razón por la que obviamente existe también una relación que consecuentemente se puede encontrar en los respectivos fundamentos de dichas instituciones. Igual a lo que ocurre las marcas, el nombre y la imagen de una persona sirven para representar su reputación y su prestigio. Y cuando esta reputación tiene un valor comercial en el mercado, es importante evitar que sea dañada o explotada de manera parasitaria, para lo cual entra en juego el derecho de la competencia desleal¹¹.

Con relación a cómo el derecho de propiedad determina una utilización eficiente del bien intelectual y evita la pérdida de su valor, señala Posner: "Existe una muy buena razón económica para asignar los derechos de propiedad de una fotografía usada con propósitos publicitarios al individuo fotografiado: ésta asignación asegura que el anunciador para quien la fotografía tiene más valor sea quien la compra. Hacer que la fotografía sea de propiedad común de los anunciadores no conseguiría tal objetivo (...) Más aún, el uso multiplicado de una fotografía idéntica para publicitar diferentes productos reduciría su valor publicitario, posiblemente a cero"¹². Y, en otro trabajo, añade: "Si cualquiera pudiese utilizar la imagen de Humphrey Bogart en publicidad, el valor agregado de tal uso publicitario podría ser mayor, aunque los herederos de Bogart ganarían menos. De hecho, si el costo marginal de hacer copias adicionales de su imagen fuese cero, la utilidad marginal sería también cero, aunque la utilidad total podría ser enorme. Pero la utilidad total podría caer si la imposibilidad de exclusión y la resultante proliferación de la imagen de Bogart llevasen a confusión, al deterioro de la imagen, o simple aburrimiento por parte del público consumidor. Finalmente, la imagen podría perder todo valor"¹³.

Así, igual que en el derecho de marcas, una parte importante de la razón de ser del "*right of publicity*" es la necesidad de impedir que un bien que tiene determinado valor adquirido –en este caso la imagen y reputación de una persona– sea dañado por terceros mediante una utilización que afecte el posicionamiento que le proporciona tal valor, o que lo denigre, o que diluya sus atributos característicos. Esa posible pérdida de valor de la imagen y reputación de una persona (que es una forma de propiedad intelectual en tanto bien intangible, pasible de transacción comercial) puede provenir de su sobre-utilización o de la utilización lesiva.

Landes y Posner sostienen que, si bien es cierto que los bienes intelectuales son bienes públicos en el sentido de que no tienen consumo rival, este argumento no puede ser tomado de forma absoluta para llevar a decir, por ejemplo, que no es posible su sobre-explotación. Del mismo modo que la explotación ilimitada de un yacimiento petrolero o gasífero lo extinguiría prematuramente, la explotación indiscriminada de una obra, como un libro, o una canción o una película, pueden determinar que su valor comercial se diluya rápidamente. Ello ocurre en especial con respecto a ciertos componentes de las obras que son objeto de protección individual, como son los personajes (nótese cómo algunos personajes de ficción

¹⁰ VOLOKHC, Eugene. "Freedom of Speech and the Right of Publicity". Houston Law Review. pp. 910-911. En: <http://www2.law.ucla.edu/volokh/publicity.pdf>

¹¹ CAVERO, Enrique. "El "*right of publicity*" y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento". Revista Ius et Veritas 44. Julio de 2012.

¹² POSNER, Richard. "The Right of Privacy". Georgia Law Review 12. 1978. Traducción libre del autor.

¹³ LANDES, William y Richard POSNER. "Indefinitely Renewable Copyright". p. 13.

tienen un interés análogo a la reputación de las personas). Por ejemplo, si todo el mundo pudiese utilizar el personaje de Mickey Mouse en libros, películas y artículos de mercadeo, el valor del personaje se diluiría rápidamente, no sólo porque el público se cansaría de él, sino porque su imagen podría ser dañada y diluida por representaciones distorsionantes que hicieran algunos autores del mismo, presentándolo como Casanova, como comida de gatos, como defensor de los derechos de los animales o como el sumiso esposo de Minnie¹⁴.

Nótese que el argumento de Landes y Posner, se enfoca, además de las marcas, en ciertos tipos de bienes que, de alguna manera también incorporan reputación o *goodwill*. Es precisamente el daño de ese *goodwill* lo que se busca evitar o minimizar con los derechos exclusivos. Y ello introduce el elemento del consumo rival. Así, en la medida que un bien intelectual incorpora *goodwill*, su consumo en cierta forma deja de ser no rival, porque el uso del bien implica también el uso de la reputación ajena.

III. LAS PRINCIPALES CRÍTICAS

A. Críticas al argumento de los incentivos

Un sector de la doctrina es escéptico respecto a que exista una real necesidad de proveer incentivos “artificiales” a la creación intelectual mediante derechos de propiedad. Se sostiene, por ejemplo, que la ausencia de derechos de propiedad intelectual no impidió la creación de obras de arte como las de Cervantes o Shakespeare en la literatura; Beethoven o Mozart en la música; Van Gogh o Miguel Angel en la pintura, o las invenciones de Da Vinci y Gutemberg, por citar sólo unos pocos ejemplos. Salzberger cita estudios empíricos realizados por Martin (1998) y Benkler (2006) que indican que la mayoría de científicos e inventores están motivados por la satisfacción intrínseca de investigar y descubrir, o por la búsqueda de reconocimiento, y que la creatividad brinda recompensas socio-psicológicas, que son una función del significado cultural de la creación respectiva, tales como el reconocimiento, la reputación, las amistades y el sentido de pertenencia¹⁵.

Bullard sostiene que, incluso para quienes desean ganar dinero con sus obras, existen otros mecanismos que permiten conseguir tal fin: “Obras clásicas como “Los Tres Mosqueteros” o “Los Miserables” no fueron escritos propiamente como libros, sino como entregas por fascículos en periódicos, de manera similar a lo que ocurre hoy con una serial o una telenovela. Los lectores compraban el periódico para enterarse la continuación de la historia, y de las mayores ventas se pagaba al autor. Es la primicia y no la exclusividad la fuente del ingreso. Shakespeare escribía teatro por lo que las representaciones continuas de la obra le permitían cobrar a los asistentes, siendo altos los costos de reproducir y difundir la obra. Si no hubiera derechos de autor sobre la música, posiblemente los autores todavía seguirían escribiendo para conseguir que vaya gente a ver sus conciertos o recitales pagados”¹⁶.

Diversos autores como Plant¹⁷ o Cole¹⁸, en una línea parecida, sostienen que no existe necesidad real para la protección que brindan los derechos de autor. Landes y Posner discrepan, pues consideran que el argumento histórico puede llevar a error,

¹⁴ *Ibid.* p. 15

¹⁵ SALZBERGER, Eli. *Op. cit.* p. 10.

¹⁶ BULLARD, Alfredo. *Op. cit.* p. 349.

¹⁷ PLANT, Arnold. “The Economic Aspects of Copyright in Books”. *Economics New Series* 2. 1934. pp. 167-195.

¹⁸ COLE, Julio. “Controversy: Would the Absence of Copyright Laws Significantly Affect the Quality and Quantity of Literary Output?”. *Journal of Markets & Morality* 1. 2001. pp. 112-119.

por la simple razón de que las circunstancias han cambiado. Asimismo, en cuanto a las modalidades de producción alternativas, como la publicación en partes, las consideran distorsiones del mercado, en función de las cuales los autores se ven obligados a producir para tratar de aprovechar sus escasas oportunidades competitivas, pero no como formas óptimas o eficientes: “Después de todo, la primera ley de derecho de autor en Inglaterra data de 1710 (y otorgaba mucha menor protección que la ley moderna), sin embargo el negocio editorial había ya florecido por cientos de años en Inglaterra, a pesar de la censura y el extendido analfabetismo. El punto, no obstante, puede ser algo engañoso. En los viejos tiempos el costo de hacer copias significaba una fracción mayor de lo que es hoy en día, por lo que el problema de la apropiación era menos grave. Asimismo, existían medios alternativos para internalizar los beneficios de la expresión. Y antes de que la libertad de expresión se hiciera generalmente aplaudida, publicar era considerado una fuente de externalidades negativas, por lo que había menor –a veces ningún– interés en fomentarlo. Finalmente, aunque puede ser difícil determinar si, en el balance, las leyes sobre derecho de autor son beneficiosas, es fácil notar ciertas distorsiones que éstas corrigen. Sin la protección del derecho de autor, los autores, editores y copistas tendrían incentivos ineficientes con relación al momento de distintas decisiones. Los editores, para alargar su ventaja de inicio, estarían desincentivados de incurrir en publicidad previa e incluso de anunciar las fechas de publicación anticipadamente, y los copistas tendrían incentivos para instalar líneas de producción excesivamente rápidas. Habría más incentivos para crear obras pasajeras, efímeras y por lo demás transitorias porque la ganancia de ser primero en el mercado para tales obras probablemente excedería la pérdida de no tener protección legal contra las copias. Habría un giro hacia la producción de obras que son difíciles de copiar; los autores estarían más inclinados a circular sus trabajos privadamente que de forma masiva, para reducir el riesgo de copia; y se multiplicarían las restricciones contractuales a las copias”¹⁹.

Salzberger, de otro lado, llama la atención sobre la forma en que la tecnología de la información ha puesto de manifiesto nuevas formas de producción y difusión de bienes intelectuales, como las que se observan en páginas web como Wikipedia o YouTube, o en la creación colectiva del software Linux, a través del aporte gratuito de contenido por parte de individuos que no tienen expectativa alguna de retribución económica. Citando a Benkler, explica cómo las redes digitales y la economía de la información han abierto oportunidades para nuevas formas de producción y distribución de la información, en particular aquella que se caracteriza ser radicalmente descentralizada y estar basada en la acción colectiva de individuos no jerarquizados (“peers”), frecuentemente anónimos, que desarrollan contenidos de dominio público: “Estos fenómenos sociales y económicos reflejan un régimen ausente de propiedad, donde el contenido se desarrolla a través de esfuerzos colaborativos ausentes de todo reclamo de derechos exclusivos. La producción de información, conocimiento y cultura, sostiene Benkler, no requiere más del gerenciamiento por parte de las jerarquías corporativas o de las señales de precios del mercado. Cuando los proyectos son modulares, en el sentido de que pueden ser divididos en pequeños componentes producidos independientemente, pueden depender de las motivaciones no monetarias de los individuos. Colaboraciones de gran escala serán posibles en tanto diversas motivaciones puedan ser reunidas y combinadas en un solo esfuerzo. El bajo costo de comunicar y procesar la información hace que tal coordinación e integración sea costo-efectiva de manera que no estaba disponible anteriormente. El desarrollo de productos informacionales de tal poder, de uso no rival y no excluyente, sin ninguna compensación monetaria

¹⁹ LANDES, William y Richard POSNER. “An Economic Analysis of Copyright Law”. Journal of Legal Studies 18. 1989. pp. 325, 325-33, 344-53. En: <http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/89land1.html>.

aparente ni garantía alguna de retorno para la inversión financiera, pone en entredicho el paradigma de los incentivos y su premisa básica –la necesidad de incentivos monetarios para la creación informacional, tecnológica e intelectual”²⁰.

Como hace notar el propio Benkler, sin embargo, este fenómeno ocurre fundamentalmente tratándose de creaciones colectivas, en las cuales cada participación individual es relativamente pequeña. En la medida que cada contribución individual demanda relativamente poco tiempo y esfuerzo, costo de creación también relativamente pequeño, lo que hace más fácil para los creadores entregar su contribución sin esperar una compensación monetaria. Así, parecería que lo que ha traído la tecnología, posibilitando con ello estos nuevos modos de producción, no es realmente una solución al problema de los incentivos y del costo de oportunidad, sino más bien una solución al problema de los costos de transacción. Sin la nueva tecnología, incluso estas contribuciones pequeñas significaban un costo de oportunidad importante para los creadores, debido a costos transaccionales como el costo de desplazarse, reunirse y de incorporar las contribuciones en soportes físicos para poder interactuar. El hecho de que no se hayan dado este tipo de creaciones colaborativas en el pasado, al menos en la medida que se dan hoy en día, es justamente una comprobación de que los costos eran demasiado altos y de que no existían los incentivos económicos adecuados. Hoy en día, al haberse prácticamente eliminado los costos de transacción, que eran una parte importante del costo total, es más sencillo para quienes tienen otro tipo de motivación el poder colaborar y asumir el costo de oportunidad, porque éste es mucho menor. Pero ello no significa que los incentivos hayan cambiado, sino los costos. Probablemente estas personas tuvieron siempre motivaciones no monetarias y, sin embargo, no podían colaborar como lo hacen ahora porque el costo de hacerlo era mayor.

Ahora bien, la nueva tecnología también determina un escenario absolutamente novedoso y revolucionario con relación a las creaciones individuales, en la medida en que potencialmente permite una mucha mayor difusión para quienes están interesados en difundir su obra antes que en obtener una compensación económica. Hoy en día cualquiera que desee publicar su obra puede hacerlo a muy bajo costo a través de internet y la prueba de ello son los videos, música, fotos y otro tipo de obras que comparten los propios creadores a través de páginas como YouTube, Flickr o millones de blogs de diversos tipos. Sin embargo, incluso en el caso de creadores que buscan difusión y no ganancia material, la ventaja es relativa. De hecho, el escenario ha cambiado tanto que quizás el problema actual sea más bien el opuesto a la falta de difusión, es decir, el exceso o saturación de información, pues si bien ahora es mucho más fácil y barato publicar, la publicación ha dejado de dejado de significar lo que antes, en términos de llegada efectiva al público. Esto último, nos regresa al punto de inicio de la discusión, en el sentido de que la difusión real de información a nivel masivo requiere, incluso hoy en día, una inversión significativa (por ejemplo en publicidad y marketing) y ésta requiere de incentivos económicos cómo los que provee la propiedad intelectual.

Así, aunque no puede negarse ni soslayarse la existencia de otro tipo de motivaciones y de otras formas de producir ganancias económicas (en especial para cierto tipo de creadores, como los artistas plásticos, o los literatos o los músicos) y que, en cierta medida, ello explica que se hayan dado éste tipo de creaciones incluso cuando no existían derechos de propiedad intelectual, es bastante discutible que sin los derechos de propiedad intelectual algunas industrias (por ejemplo la

²⁰ SALZBERGER, Eli. Op. cit. p. 14.

industria cinematográfica) se hubieran desarrollado en los niveles en que lo han hecho, o que los niveles de difusión de la información hubieran sido los mismos, debido a la magnitud de la inversión que se requiere para la difusión masiva. En otras palabras, podían existir grandes artistas, pero su obra no era conocida, porque sólo unos pocos favorecidos tenían acceso al capital que se requería para la publicación u otras formas de difusión. Teniendo en cuenta que la ecuación que se busca desde el punto de vista económico es aquella que ofrece el mejor balance posible entre incentivos y acceso o difusión, debe notarse que los derechos de propiedad intelectual no solamente generan incentivos para la creación propiamente dicha, sino también para la difusión a gran escala de las creaciones.

Un tema que es fundamental y que a veces no se considera en su real dimensión, es el de las diferencias que existen entre los distintos tipos de bienes intelectuales. Para no hablar de las diferencias fundamentales con las marcas, incluso al interior de los derechos de autor o patentes, cada creación protegida tiene particularidades. No es lo mismo componer una canción o pintar un cuadro que producir una película, o escribir un libro. No es igual diseñar un software que inventar una nueva trampa para ratones o que descubrir la cura del cáncer. Las motivaciones creativas no son las mismas y tampoco los costos. Así, aunque puede sostenerse que algunos, o muchos, científicos hacen sus investigaciones por motivaciones no económicas, el nivel de inversión que se requiere para la investigación científica (en equipos, materiales y largos periodos de tiempo) es inmensamente mayor que el simple costo de oportunidad que tiene para un artista el dedicarse exclusivamente a su arte. Del mismo modo, incluso al interior de una misma categoría de bienes intelectuales se dan importantes diferencias económicas y prácticas que, idealmente, deberían ser tomadas en cuenta para el diseño de un sistema de incentivos basado en derechos de propiedad intelectual.

Así por ejemplo, la copia puede ser de inferior calidad que el original y, por lo tanto, un sustituto imperfecto. La copia de un libro o de un DVD no tiene la misma calidad que el original y frecuentemente contiene errores, pero al mismo tiempo la tecnología permite cada vez más hacer mejores copias. En el caso de una pintura de una artista famoso, la mejor copia posible siempre será de infinitamente menor valor que el original. Entonces, es correcto decir que “cuando el costo de hacer copias equivalentes en valor es más alto para otros que para el creador original, o cuando la copia no tiene valor equivalente, el creador no necesita el incentivo de la protección legal, porque podrá vender su producto a un precio mayor al costo marginal”. Pero ese supuesto es poco frecuente.

Asimismo, hacer copias a veces requiere tiempo, por lo que el creador original goza de un periodo de ventaja, durante el cual no enfrenta competencia. Para cierto tipo de creaciones, cuya demanda inicial es alta pero cae significativamente luego de un tiempo, puede no haber necesidad de protección legal. Pero, nuevamente, la tecnología permite cada vez más hacer mejores copias en menos tiempo, lo cual hace que este tipo de supuestos sea cada vez más excepcional.

De otro lado, en la medida que para hacer copias se requiere acceso a otras copias, el creador podría cobrar por la primera copia un precio lo suficientemente elevado para recuperar sus costos. O podría licenciar el original con la condición de que el licenciatarario no haga copias o divulgue la obra a terceros de modos que puedan hacer copias. Sin embargo, ello solo será posible si la explotación puede hacerse sin la necesidad de distribución masiva, o cuando no es posible hacer múltiples copias de otras copias. De lo contrario, el primer comprador o el licenciatarario no estarán dispuestos a pagar al creador un precio que le permita a éste recuperar sus costos, porque, entonces, serían ellos los que no podrían recuperar su inversión.

Finalmente, es posible para los autores o inventores obtener beneficios de fuentes distintas a las regalías por venta de copias. El inventor de un software puede venderlo junto con el equipo que lo utiliza. Un músico puede sostenerse con presentaciones en público, y un académico con actividades de enseñanza o de consultoría. Desde ese punto de vista, la publicación e incluso la copia no autorizada pueden ser positivas y rentables en términos de auto promoción y generación de prestigio o para las ventas de bienes o servicios relacionados. Pero ello no es aplicable a todos los tipos de trabajos creativos, como por ejemplo las películas, los videojuegos y la literatura de ficción²¹.

El problema, como apuntan Menell y Scotchmer, es que resulta sumamente complicado obtener información estadística o histórica detallada, relevante y suficiente para poder medir los efectos reales que tiene la propiedad intelectual en los niveles de innovación. “Hoy en día se reconoce ampliamente que el avance tecnológico y el capital humano mejorado son los principales motores del crecimiento económico en los Estados Unidos y otros países industrializados. El rol de la propiedad intelectual en contribuir a la innovación, sin embargo, ha sido más difícil de establecer. Como veremos, la existencia de propiedad intelectual para las innovaciones genera incentivos para la inversión, así como potenciales impedimentos para la difusión y la innovación acumulativa. Los efectos netos son bastante complejos de discernir, desde las perspectivas tanto teórica cuanto empírica”²².

En consecuencia, mucho de lo que se argumenta, tanto a favor cuanto en contra de la propiedad intelectual, tiene muchas veces un gran componente intuitivo. Bullard pone un ilustrativo ejemplo relativo a las patentes de invención, sobre las que importantes autores como Ashton y North tienen opiniones divididas: “El análisis histórico genera, en el mejor de los casos, tremendas dudas. Ashton decía que ‘Es muy posible que, sin el aparato de la protección (de patentes), las invenciones se hubieran desarrollado con la misma rapidez con que lo hicieron’ y Mokyr que ‘El sistema de patentes podría haber sido un estímulo a la invención, pero obviamente no fue un factor necesario’. (...) El premio Nobel de Economía, Douglas North, por el contrario, afirma que las patentes sí fueron muy importantes. Argumenta que las patentes tuvieron un impacto significativo, pero reconoce que es solo uno de los factores relevantes, pues ‘Sería erróneo poner demasiado énfasis en una sola ley. Más importante que la ley de patentes per se es el desarrollo y aplicación de un corpus de derecho impersonal que protege y garantiza contratos que especifican derechos de propiedad’ pues, refiriéndose por ejemplo al transporte marítimo ‘(...) menores costos de transacción –resultado de reducciones en la piratería, naves más grandes, mayor comercio, y menor tiempo en puerto– resultaron en significativos incrementos en productividad, empezando (por lo menos) 150 años antes de la Revolución Industrial; y esos factores, más que el cambio tecnológico, explican los incrementos en la productividad”²³.

Asimismo, Bullard, citando a Menell, describe cómo los estudios empíricos arrojan grandes diferencias, dependiendo de la industria que se trate: “Por otra parte, diversos estudios empíricos citados por Menell, muestran la ambigua o débil relación entre innovación y Propiedad intelectual. (Mansfield, 1986; Schwartzman, 1976; Taylor and Silbertson, 1973). Estos estudios, determinaron que las patentes rara vez eran el medio principal de apropiarse de ingresos en la mayoría de industrias, con la

²¹ LANDES, William y Richard POSNER. “An Economic Analysis of Copyright Law”.

²² MENELL, Peter y Suzanne SCOTCHMER. Op. cit. p. 2

²³ BULLARD, Alfredo. Op. cit. p. 346.

excepción de las industrias farmacéutica y química. En muchas industrias, ser el primero en introducir un producto, el progreso rápido bajo la curva de aprendizaje y otros factores, han demostrado ser tanto o más importantes que la Propiedad intelectual, la que jugó un rol relativamente modesto. Y en uno de los estudios de Mansfield se investigaron treinta y un patentes contestando la pregunta ¿Qué proporción de estas innovaciones se hubieran introducido con atraso (o nunca) si no se hubieran podido patentar? Las respuestas de las empresas arrojaron que cerca de la mitad de los inventos no se hubieran producido sin propiedad intelectual. Pero, la mayor cantidad de estos casos se produjeron en la industria farmacéutica. Si se excluía la industria farmacéutica, sólo se hubiera afectado la generación del 25% de las invenciones de no haber protección de la patente”²⁴.

Lemley sostiene que la teoría de los incentivos tiene dos limitaciones básicas. Por un lado, el hecho de que la innovación no desaparecería si desaparece la propiedad intelectual y, por otro lado, que la propiedad intelectual puede desincentivar la innovación porque limita la capacidad de los otros inventores de mejorar un invento patentado²⁵. Con relación al primer punto cabe notar, sin embargo, que la doctrina no sostiene tal cosa. La teoría de los incentivos no propugna la idea que en ausencia de derechos de propiedad intelectual la innovación desaparecería. De hecho, existe evidencia histórica en contrario. Lo que dice la teoría es que una parte importante de la innovación no se produciría o se produciría a un ritmo o nivel debajo del óptimo si no hubiera derechos de propiedad intelectual. Con relación al segundo punto, se trata también de una desventaja prevista por la teoría como parte del *trade off* entre incentivos y acceso. Como hemos visto, de hecho, mecanismos como las patentes derivadas y los derechos de autor derivados apuntan precisamente a minimizar este problema.

Un aspecto crítico en el cual muchos autores parecen estar de acuerdo es que resulta discutible, incluso aceptando la necesidad de generar incentivos para la creación intelectual, que ello justifique algunos de los niveles de protección que actualmente otorgan los derechos de propiedad intelectual, tanto en lo que se refiere a los plazos, cuanto en lo relativo al ámbito mismo de la protección, para no hablar de las distorsiones en la aplicación. En tal sentido, se sostiene que el problema con el argumento de los incentivos es que frecuentemente se utiliza para justificar políticas que, en la práctica tienen un efecto mucho mayor al de simplemente generar los incentivos deseados y que terminan otorgando una sobreprotección de efectos anticompetitivos y perjudiciales. En principio, los derechos de propiedad intelectual deberían simplemente permitir al innovador intelectual tener un control sobre el uso de su creación que le permita vender por encima del costo marginal, recuperar sus costos fijos y obtener una utilidad razonable. Y, en principio, ello sólo debería darse en los casos en que las condiciones particulares de la industria y del bien intelectual no ofrezcan de manera natural ventajas al innovador que hagan innecesario el incentivo adicional. Sin embargo, ocurre a menudo que los derechos de propiedad intelectual establecen privilegios que no sólo incentivan sino que sobreprotegen.

Por ejemplo, Salzberger, citando a Lessig (1999) sostiene que la exclusividad sobre ciertos tipos de bienes intelectuales, que no se limita a la facultad de impedir las copias no autorizadas, sino que se da en la forma de un control completo, abarcando incluso algunas formas de uso, otorga a sus titulares una ventaja estratégica sobre sus competidores permitiéndoles expandir su poder de mercado,

²⁴ BULLARD, Alfredo. Op.cit. p. 347.

²⁵ LEMLEY, Mark. “Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property”. University of California Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Paper 144. pp. 24-25. En: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.494424>.

reducir la competencia y concentrar el control sobre la producción y distribución de bienes intelectuales y sus derivados, expandiéndose a otros mercados relacionados: “En la propiedad real, la protección legal es necesaria para crear incentivos para producir y proteger el derecho de posesión. En el derecho de la propiedad intelectual, en contraste, sólo hay necesidad de generar incentivos suficientes para crear. Así, en lo que respecta a la propiedad intelectual únicamente hay necesidad de un control imperfecto, mientras que en propiedad real la ley debe otorgar control perfecto al propietario. La ley de propiedad intelectual, por lo tanto, debería incluir límites endógenos al poder de los titulares para controlar el uso de sus obras”²⁶.

Al respecto, Bullard anota: “Destaquemos que no estamos diciendo que la Propiedad intelectual no pueda incentivar una mayor creación en ciertas personas. De hecho, estamos convencidos que es así. Pero, no se puede afirmar que sin propiedad intelectual no habría creación. Por otro lado, la propiedad intelectual genera distintos costos para la sociedad, incluyendo a los consumidores, y puede estar retrasando otros esfuerzos creativos. La pregunta no es, por tanto, si la Propiedad intelectual incentiva o no la innovación y la creatividad. La pregunta es si los volúmenes de innovación que incentiva, es decir aquella parte de la innovación que no se produciría si no hubiera Propiedad Intelectual, justifica los costos sociales que la exclusividad está generando”²⁷.

Posner también expresa su preocupación en el sentido de que la protección que brindan las patentes y los derechos de autor pueda ser excesiva, pero incide en la necesidad de discriminar las aproximaciones con base en las diferencias sustanciales que hay entre los distintos tipos de creaciones. Para el caso de las patentes de invención, cuando menos, Posner propone incluso cuantificar dichas diferencias, sosteniendo que el nivel óptimo de protección que debe recibir una creación a través de la propiedad intelectual debería estar en línea con el ratio que existe entre el costo de crear y el costo de copiar. Cuanto mayor el ratio (es decir, la brecha) mayor la necesidad de protección. El ejemplo de la industria farmacéutica para el caso de las patentes no es prototípico por casualidad. La necesidad de proteger una industria y generar incentivos a través de la propiedad intelectual será más grande en la medida que el ratio sea mayor. “El ratio es muy alto para las drogas farmacéuticas. El costo de inventar una nueva droga, costo que incluye las extensas pruebas que requiere su aprobación para la venta, es de cientos de millones de dólares, sin embargo para la mayoría el costo de copiarlas –o producir un sustituto idéntico– es muy bajo. Así, el ratio del primer costo respecto del segundo es muy alto, haciendo que sea muy difícil para el inventor recuperar sus costos sin la protección de la patente (y por la razón adicional que el valor presente de los ingresos provenientes de las ventas de la droga está deprimido debido al tiempo que toma obtener aprobación, y que la duración efectiva de la patente se trunca porque la patente se concede, y el periodo de protección comienza, cuando la patente se concede en lugar de, años después, cuando la droga se puede comercializar)”²⁸.

De otro lado, muchas patentes pueden tener costos de invención bastante más bajos y consecuentemente un ratio de desventaja también mucho menor. Asimismo, muchas invenciones pueden beneficiarse significativamente de ser los primeros en

²⁶ SALZBERGER, Eli. Op. cit. pp. 24-25.

²⁷ BULLARD, Alfred. Op.cit. p. 339.

²⁸ POSNER, Richard. “Do patent and copyright law restrict competition and creativity excessively?” En: The Becker-Posner Blog: <http://www.becker-posner-blog.com/2012/09/do-patent-and-copyright-law-restrict-competition-and-creativity-excessively-posner.html>.

el mercado con un producto novedoso. No sólo por el tiempo que tardan los imitadores en salir al mercado, que ofrece al innovador una ventana de tiempo sin competencia, sino por la curva de aprendizaje que frecuentemente permite al innovador lanzar versiones mejoradas a costos menores. Asimismo, el hecho de ser el creador original y el de proveer mejoras en el producto mismo o en el precio antes que los demás, generan un prestigio o *goodwill* que se deposita en su marca y le permite cobrar un precio mayor incluso después de que aparece la competencia.

Cuando se protege al inventor frente a la competencia en mayor medida de la que se necesita para proveer el incentivo necesario a la innovación, el resultado es negativo y se traduce en precios monopólicos, ineficiente asignación de recursos, “carreras” de patentes donde los agentes compiten duplicando esfuerzos innecesariamente, la tramitación de patentes defensivas o especulativas, los “*patent trolls*” (agentes que adquieren patentes al por mayor con el único propósito de licenciarlas o especular con la posibilidad de una demanda legal y cuya actividad no contribuye a la innovación).

Con los derechos de autor el tema puede ser bastante más complejo. Para comenzar, el ratio costo de producción –costo de copia no es un indicador tan claro como lo es con las patentes. Ya hemos visto como el costo de creación de obras protegidas es fundamentalmente un costo de oportunidad. También hemos visto como algunas obras son muy fácilmente copiables, por ejemplo una película en formato digital, y con otras simplemente no es posible obtener una copia equivalente al original, como ocurre con las pinturas o esculturas. Posner menciona los ejemplos de las películas cinematográficas y de los artículos académicos como los extremos del abanico y postula una protección diferenciada, acorde con las respectivas naturalezas de las creaciones protegidas, precisando que, en cualquier caso, la extensión de la vida del autor más 70 años le resulta excesiva: “(...) la protección de los derechos de autor parece en su conjunto demasiado extensa. Convenido, con películas de acción modernas cuyo costo de producción a menudo es de cientos de millones de dólares, y que sin embargo se pueden copiar y distribuir casi instantáneamente y casi sin costo alguno, la necesidad de protección legal es comparable a la que existe en la industria farmacéutica. En el otro extremo están los libros y artículos académicos (salvo de los libros de texto) que se producen como un subproducto de la investigación académica que el autor debe conducir para preservar su reputación profesional y que continuaría produciéndose sin derecho de autor alguno. Es dudoso que exista beneficio social alguno en otorgar derechos de autor a trabajos académicos, salvo los libros de texto que demandan mucho trabajo y generalmente no contribuyen a la reputación académica del autor, pudiendo incluso dañarla. El problema más serio con el derecho de autor es la duración de la protección, que para la mayoría de obras es desde la creación hasta 70 años después de la vida del autor. Aparte del hecho que el valor presente de ingresos a ser recibidos tan lejos en el futuro es insignificante, obtener licencias sobre trabajos muy antiguos resulta difícil porque no sólo es probable que el autor haya muerto, sino que identificar y encontrar a los herederos u otros titulares de los derechos puede ser difícil o incluso imposible. El plazo de protección del derecho de autor debería ser menor”²⁹.

Cabe notar que el mismo Posner (en otro trabajo, junto a Landes) propone un sistema de derecho de autor con plazo indefinido, aunque éste se basa en un sistema de registro obligatorio y renovable, similar al que funciona para las marcas. En un sistema de ese tipo, sostienen, además de la ventaja de la transparencia que otorga el registro, debido a las diferencias entre las obras protegidas y las

²⁹ Ibidem.

condiciones de mercado que enfrentan, un número importante de obras terminarían en el dominio público más temprano que tarde por falta de renovación del registro³⁰.

Lemley, también reconoce la necesidad del establecimiento de derechos de propiedad intelectual, pero postula que éstos sean adecuados y calibrados de acuerdo a las circunstancias. Ello, sin dejar de reconocer la enorme complejidad que puede tener esa tarea. En su caso, el énfasis del argumento no es la distorsión innecesaria del mercado y las rentas monopólicas que obtienen los innovadores por la sobreprotección, (que igualmente observa) sino la disminución de la tasa de innovación que, a su entender, se produce luego de que se sobrepasa el nivel de protección óptimo. “Tal vez no sepamos exactamente como calibrar el nivel correcto de protección a la propiedad intelectual, pero podemos razonablemente saber de que ni “no protección” ni “control absoluto de las externalidades” son la respuesta correcta. Siendo lo complicado que es obtener el balance adecuado, nunca lo haremos si simplemente dejamos de intentarlo. Podemos guiarnos como mínimo de la probabilidad de que la relación entre protección a la propiedad intelectual e innovación no es monotónica. Debido a los costos identificados en la sección precedente, añadir más y más protección a la propiedad intelectual no sólo tiene beneficios marginales decrecientes, sino que en cierto momento tiene un impacto neto negativo en la innovación, porque el reforzamiento de derechos existentes sofoca más a las posibles nuevas creaciones a partir de tales derechos de lo que una posible mayor expansión incentiva. Así, la relación entre ambos se parece a una ‘U’ invertida. Como mínimo, los incrementos en propiedad intelectual que restringen más innovación de la que incentivan, no se justifican económicamente”³¹.

Rescatamos, entonces, que no parece discutible que con los bienes intelectuales se da, en efecto, un problema de bienes públicos que acarrea un desincentivo estructural a la innovación y que este desincentivo se contrarresta con la propiedad intelectual (dejando a salvo las soluciones alternativas al problema que vemos brevemente más adelante, cada cual con sus propios problemas). Pero, al mismo tiempo, debido a los costos que tiene la propiedad intelectual y al *trade off* que hay entre incentivos y acceso, nos enfrentamos al problema adicional de la necesidad de evitar que los costos excedan los beneficios.

B. Críticas a la analogía con la propiedad física y al argumento de la utilización eficiente

El argumento de defensa de la propiedad intelectual relacionado con la necesidad de asegurar la utilización eficiente de los bienes intelectuales y evitar su pérdida de valor, se ha criticado mucho, sosteniéndose, básicamente, que el paralelismo o analogía con la “tragedia de los comunes” es forzado e inexacto, debido a las diferentes características que tienen los bienes físicos y los bienes intelectuales. Así, se sostiene, por ejemplo, que los bienes públicos (aquellos que tienen consumo no rival y altos costos de exclusión) son precisamente “públicos” porque no es posible asignar sobre ellos derechos de propiedad de forma eficiente, de lo cual se sigue que asignarles propiedad es un contrasentido. En efecto, tratándose de este tipo de bienes, la imposibilidad de excluir a otros de su uso hace que exista un fuerte desincentivo para su producción privada, lo que lleva frecuentemente a que se busque producirlos de forma pública, financiándolos a través de los impuestos. Así, se entiende que este tipo de bienes (como por ejemplo la seguridad o la infraestructura) se producen para todos o no se producen para ninguno.

³⁰ LANDES, William y Richard POSNER. “Indefinitely Renewable Copyright”. p. 13.

³¹ LEMLEY, Mark. “Property, Intellectual Property, and Free Riding”. Stanford Law School: John M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper 291. 2004. pp. 46-47.

Pero la solución a la que normalmente se recurre (producción estatal) precisamente pone de manifiesto la existencia de un problema (denominado “problema de los bienes públicos”) consistente en la falta de incentivos para la producción privada y la necesidad de intervención estatal. En tal sentido, la propiedad intelectual no es sino una solución alternativa a exactamente el mismo problema, también a través de la intervención estatal, pero de una forma distinta. Evidentemente, existen soluciones alternativas de intervención estatal, como la producción estatal centralizada de bienes intelectuales o los sistemas de subvenciones estatales a la innovación. Discutir las ventajas y desventajas de estas soluciones alternativas excede el propósito de este trabajo, pero cabe mencionar sucintamente que la ventaja de la propiedad intelectual frente a ellas está dada fundamentalmente por la posibilidad de, descentralizar la toma de decisiones sobre dónde innovar (qué investigar, producir o crear) y a qué costo, decisiones que siguen siendo tomadas por mecanismos de mercado³². En otras palabras, entre las posibles formas de intervención estatal para enfrentar el problema de bienes públicos en los bienes intelectuales, la propiedad intelectual es la menos intervencionista de todas. Lo que queda claro, en cualquier caso, es que el problema de fondo (la falta de incentivos adecuados para la producción privada) no es menos real por el hecho de que los bienes no sean físicos.

Otra crítica que suele hacerse es que los bienes intelectuales, al consistir básicamente en información, y precisamente por tener consumo no rival, no pueden ser objeto de sobreexplotación. En la medida de que el uso por parte de unos no interfiere con el uso de otros, se sostiene, estaríamos más ante una “comedia de los comunes” que frente a una tragedia³³. El argumento es correcto en el sentido estricto de que los bienes intelectuales no se consumen hasta desaparecer como puede ocurrir con los bienes físicos. Pero ello no significa que no pueda darse una sobreexplotación que reduzca su valor hasta desaparecerlo, lo cual tiene un efecto económico similar. Bien entendido, el argumento a favor de la propiedad intelectual no es una analogía ciega con la tragedia de los comunes que ignora la no rivalidad en el consumo de los bienes intelectuales, sino una defensa de la optimización de valor que se obtiene a través de la internalización de externalidades.

Lemley hace una crítica más sofisticada, reconociendo primero la verdadera naturaleza del argumento, pero sosteniendo luego que la referida pérdida de valor no debería ser considerada como un efecto negativo. Así, Lemley considera que, una vez resuelto el problema del bien público (el incentivo para su creación) no se justifica continuar restringiendo su uso y distribución con la intención de mantener u optimizar el valor del bien, ya que la reducción de valor es un efecto más bien deseable. “Las cortes y académicos que han aplicado la tragedia de los comunes (...) han construido un argumento ligeramente distinto, no de que el recurso mismo se vaya a extinguir por ‘sobre-utilizarse’ sino de que el valor del recurso para su propietario se reducirá por tal motivo. De hecho advierten que si no se otorga a un único propietario el derecho a controlar y limitar el uso, distintas personas usarán una idea hasta que el valor marginal de un uso adicional se reduce a cero. Ello es suficientemente cierto. La verdadera intriga es por qué alguien pensaría que esto es malo para la sociedad. Los economistas tienen un nombre para los mercados en los cuales diferentes proveedores continúan vendiendo bienes con menos y menos valor hasta llegar al punto en que cuesta más producir el bien de lo que el público está dispuesto a pagar por él. Lo llamamos mercado ‘de competencia perfecta’ y

³² MENELL, Peter y Suzanne SCOTCHMER. Op. cit. pp. 3-4.

³³ LEMLEY, Mark A. “Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property”. p. 15

hemos pensado por al menos tres siglos (desde Adam Smith) que es algo positivo”³⁴.

El asunto, sin embargo, parece discutible. En el mercado de competencia perfecta al que Lemley hace referencia, la reducción del valor del bien se produce porque existe una gran oferta, que en determinado momento supera la demanda. La reducción de valor es consecuencia de la cantidad, no de la calidad. En los casos de propiedad intelectual a los que Landes y Posner aluden y que hemos resumido en la segunda parte de este trabajo (básicamente el *right of publicity* y los derechos de autor sobre personajes y otros elementos protegidos que pueden ser usados separadamente de la obra original) la reducción de valor no se da por causa de una sobreoferta del bien (o de bienes sustitutos), sino por la forma de utilización, que ocurre de modo tal que le causa un daño intrínseco a su reputación o imagen y que le impide seguir cumpliendo su función utilitaria o cultural.

Un argumento que a veces se utiliza contra la propiedad intelectual, es que se trataría de una institución tan diferente de la propiedad física, básicamente debido a la naturaleza intangible de los bienes protegidos, que toda analogía con el sistema de propiedad física y la teoría que la sustenta, comenzando por la terminología de “propiedad” intelectual, resulta forzada, artificial y engañosa. Podemos distinguir dos matices o niveles. Uno primero, objeta que la simple terminología de “propiedad intelectual” ha llevado a que algunos estudiosos y cortes automáticamente pretendan aplicar las mismas reglas y razones que aplican para la teoría general de la propiedad física, haciéndolo de manera ciega e ignorando las importantes diferencias que existen entre bienes intangibles y bienes físicos. Por ejemplo, Lemley dice: “A medida que el término ‘propiedad intelectual’ se consolida sobre las disciplinas tradicionales del derecho de patentes, derecho de autor y marcas, e invade asimismo instituciones legales vecinas como los secretos industriales, el ‘right of publicity’ y la competencia desleal, las cortes y académicos crecientemente se tornan hacia la literatura económica y jurídica de la propiedad tangible para justificar, –o para modificar– las reglas de la propiedad intelectual. En el ámbito académico, más y más autores han argumentado expresamente (o peor, asumido) que la información es propiedad en el sentido tradicional, y que las reglas que aplican para una categoría de propiedad deberían presumiblemente aplicar también para la otra”³⁵.

El argumento es válido, pero necesita ser tomado en su debida dimensión. Existirán determinados supuestos en que las reglas de la propiedad física, o los fundamentos económicos de éstas, no apliquen para la propiedad intelectual debido a las diferencias objetivas que existen entre los bienes objeto del derecho. Pero existirán supuestos en que la aplicación uniforme sí resulte posible, en la medida que no exista una razón objetiva para la diferenciación. Ello dependerá de la regla en cuestión en cada caso concreto. Pero si es arbitrario aplicar a rajatabla las reglas de la propiedad física a la propiedad intelectual, es igual de arbitrario excluir, *a priori*, toda posibilidad de aplicarlas.

Un segundo matiz en este tipo de argumento cuestiona la propiedad intelectual en un nivel más fundamental, en el sentido de que la propiedad intelectual no sería en realidad una forma de propiedad, ni debiera ser llamada de tal manera. Así, en la medida en que no se aplican las razones económicas que justifican la propiedad física, el establecimiento de derechos exclusivos sobre bienes intelectuales sería una restricción injustificada en la propiedad de las demás personas. Bullard, quien

³⁴ LEMLEY, Mark. Op. cit. p. 16.

³⁵ LEMLEY, Mark. “Property, Intellectual Property, and Free Riding”. p. 6.

aclara luego que no necesariamente asume tal posición, la resume en los siguientes términos: “Sabemos que la propiedad es una institución central para el desarrollo de mercados y para el funcionamiento de cualquier economía razonablemente estructurada. Un simple traslado de esta idea hacia el concepto de Propiedad intelectual nos lleva a formular otra aparente verdad de Perogrullo: la propiedad intelectual es tan buena para el funcionamiento del sistema económico, como lo es la propiedad sobre bienes tangibles. El razonamiento parece bastante simple. Si es bueno tener propiedad sobre bienes tangibles o materiales, generando los incentivos adecuados para su provisión suficiente y su uso adecuado, es bueno tener propiedad sobre bienes intangibles o inmateriales por la misma razón. En pocas palabras, si es falsa la interpretación marxista de que la propiedad sobre bienes materiales sea un robo, también lo es que sea robo la propiedad sobre bienes inmateriales. Sin embargo, como veremos en este artículo, la conclusión no es tan sencilla como parece. La base conceptual para justificar la existencia de titularidades exclusivas sobre bienes que podemos tocar no es trasladable a la existencia de titularidades exclusivas sobre ideas. Ni los incentivos económicos, ni la estructura legal es la misma. De hecho, es muy cuestionable que la propiedad intelectual merezca ser llamada propiedad. Sus fundamentos son, en el mejor de los casos, bastante dudosos y cuestionables, y su existencia, en todo caso, justifica una limitación seria a los alcances que actualmente se le concede. En ese sentido quizás Marx hubiera tenido una frase más feliz y con mayor vigencia, si se hubiera limitado a decir que la propiedad intelectual era robo”³⁶.

El argumento parecería ser que, en la medida que la justificación económica para la asignación de derechos exclusivos sobre bienes físicos no es trasladable a los bienes intangibles, no debería establecerse tales derechos exclusivos a éstos últimos, ya que ello significa una restricción no deseable a la libertad de las demás personas (en este caso, del acceso a la información). Sin embargo, no queda claro por qué no sería posible hacerlo con base en una justificación económica distinta a la que existe para los bienes físicos. Como explica Epstein, cuando se establecen derechos de propiedad sobre bienes físicos también se restringe la libertad de las demás personas. “He tratado el tema de la controversia entre libertad y propiedad a fin de poner el tema de la propiedad intelectual en materia de patentes y derechos de autor en una perspectiva correcta. Es usual que la línea dura de los libertarios considere que la .propiedad intelectual no tiene los sólidos fundamentos que avalan la propiedad de los tangibles. La debilidad fatal de este argumento es que consideran que se trata de una verdad evidente, cuando lo opuesto es lo correcto: se necesita una justificación social explícita. Si esta crítica es correcta, no corresponde entonces exigir a los defensores de la propiedad intelectual que demuestren que esta satisface los estándares ineluctables que tampoco explican el origen de la propiedad sobre los bienes físicos. Más bien, los términos del debate cambian. Los defensores de la propiedad intelectual solo deben demostrar que satisface los mismos estándares que son apropiados para la defensa de la propiedad sobre los tangibles. Demás está decir que la demostración no podrá ser cierta (del mismo modo que tampoco lo es para la propiedad física). Sin embargo, las mismas justificaciones funcionales que explican por qué es permisible la limitación a la libertad (la que igualmente debe ser defendida) para la existencia de la propiedad (física) son útiles para explicar por qué es permisible limitar otras formas de libertad por la creación de la propiedad intelectual”³⁷.

³⁶ BULLARD, Alfredo. Op.cit. p. 328.

³⁷ EPSTEIN, Richard. “¿Por qué los libertarios no deberían ser (muy) escépticos sobre la propiedad intelectual?”. En: Derechos Intelectuales 13. ASIPI. Buenos Aires: Astrea. 2007. p. 21.

Así, mi derecho de propiedad sobre un predio significa una restricción a la libertad de todas las demás personas de entrar en éste y de explotarlo. Establecemos derechos de propiedad porque consideramos que es la mejor forma de garantizar su producción, uso y explotación eficiente, pero no porque exista una especie de "derecho natural" que lo justifique de mejor modo de lo que ocurre con los bienes intelectuales. De hecho, como vimos al comienzo, la justificación del derecho natural ampararía a ambas instituciones indistintamente. Las razones económicas que justifican el establecimiento de derechos de propiedad en uno y otro caso son ciertamente distintas y se puede discutir sus ventajas y desventajas. Por ejemplo, en el caso de la información, como apunta Bullard, un problema importante es el de los altos costos de exclusión y la consiguiente gran dificultad para el *enforcement* o cumplimiento forzoso. Y las dificultades de aplicación del modelo incidirán sobre su conveniencia o inconveniencia, las que podrá discutirse. Pero no encontramos que exista una imposibilidad de principio para el establecimiento de derechos de propiedad sobre bienes intelectuales por el sólo hecho de tratarse de información.

VI. RESUMEN Y CONCLUSIÓN

La principal justificación económica que existe para el establecimiento de derechos de propiedad sobre bienes intelectuales, consistentes básicamente en información, es el llamado "problema de los bienes públicos". Una de las dos características de los bienes públicos, y en particular de la información, es que no se puede excluir a los demás de su uso, o que los costos de exclusión son muy altos. Ello determina que producir bienes intelectuales sea caro y copiarlos barato, circunstancia que empuja el precio de mercado hacia el costo marginal e impide a los creadores recuperar el costo de la creación o innovación, eliminando o reduciendo los incentivos para que ésta se produzca. Los derechos de propiedad intelectual están destinados a generar esos incentivos. Esto aplica a bienes intelectuales que significan innovación y que se protegen, básicamente, por el derecho de patentes y el derecho de autor.

Al mismo tiempo, la segunda característica de los bienes intelectuales, es que pueden ser utilizados por distintas personas al mismo tiempo sin que ello interfiera con el uso de los demás o reduzca su valor (consumo no rival), aunque esta característica no es general. Ello determina que sea deseable o conveniente el acceso universal a los mismos. La falta de acceso universal tiene un costo: produce una pérdida social y retrasa el avance de la tecnología y de la cultura, ya que éstas se originan a partir de la información que está en el dominio público.

De esta manera, se produce un conflicto entre la necesidad de generar incentivos a la innovación y la conveniencia del acceso universal a la información. La información existente no se utiliza en todo su potencial debido a los derechos exclusivos que tienen los creadores sobre ésta, pero no existiendo los incentivos adecuados, tal información (o una parte importante de ella) no se produciría en primer lugar. El problema del huevo o la gallina.

Una segunda justificación para la existencia de derechos de propiedad intelectual, es proteger la integridad del mercado, permitiendo la acumulación de reputación (*goodwill*), reduciendo costos de transacción, el riesgo de confusión de los consumidores y las conductas parasitarias, generando transparencia e incentivos a la calidad y la innovación. Esto aplica a bienes intelectuales que tienen *goodwill*, y se protegen, básicamente, por el derecho de marcas, al derecho de la competencia desleal, el *right of publicity* y ciertos aspectos del derecho de autor.

El establecimiento de reglas eficientes de propiedad intelectual es un reto que implica no sólo adecuarse al nuevo entorno digital globalizado de la era de la información, sino también internalizar las muchas diferencias existentes entre las diversas formas de bienes intelectuales y sus formas de explotación. A partir de ello y de necesidades puntuales debidamente establecidas, el diseño regulatorio deberá buscar la consecución de sus fines, es decir, la transparencia en el mercado y la generación de incentivos para la innovación que sean adecuados pero no excesivos. La propiedad intelectual no debería generar más costos que beneficios, para que no salga más cara la planchada que la camisa.