

## ¿EL FIN DE LA HISTORIA PARA LA PROPIEDAD INTELECTUAL?

**Gustavo Rodríguez García\***

*¿Es necesaria la protección a las innovaciones? ¿La propiedad intelectual y la propiedad regulada en nuestro Código Civil responden a los mismos principios? ¿Cuál es el alcance de un derecho exclusivo sobre una patente o un signo distintivo? ¿Qué incentivos puede generar la protección de los derechos en exclusiva de obras o innovaciones en nuestra sociedad? ¿En verdad se genera un monopolio y restricción a la información con el Régimen de la Propiedad Intelectual?*

*El autor responde a todas estas interrogantes exponiendo la problemática que surge a nivel teórico sobre la utilidad de regular la propiedad intelectual, dando a conocer los argumentos a favor y en contra de su existencia.*

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Post Grado en Derecho de las Concesiones y de la Infraestructura, así como en Derecho del Comercio Internacional en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

La propiedad intelectual está en guerra. No es una guerra en la que se cuestionen ciertos presupuestos ni, mucho menos, cuestiones de carácter secundario. Se cuestiona el hecho que sea necesaria su existencia. El alma de la propiedad intelectual parece encontrarse batallando ante argumentos (debe admitirse) interesantes y ciertamente persuasivos. Muchos de estos argumentos se basan en una cierta perturbación derivada de la creencia de que la propiedad intelectual se constituye en un costoso sistema, que genera monopolios legales e ineficientes barreras de acceso al mercado. Sin embargo, existe un refrán que señala: "lo que perturba a los hombres no son precisamente las cosas, sino la opinión que de ellas se forman. Pues a la batalla entonces".

El propósito de este artículo es discutir algunos de estos argumentos en términos de costo-beneficio. Así, trataremos de concluir que esta guerra contra la propiedad intelectual dista mucho de ser victoriosa y que el pretendido fin de su historia reposa en el efectismo de algunos argumentos que, mejor estudiados, demuestran ser absolutamente injustificados.

Nuestro trabajo se dividirá en cuatro secciones. Primero, expondremos algunas notas introductorias sobre la propiedad intelectual y su ejercicio. En segundo término, nos dedicaremos a repasar las críticas que se han hecho a la propiedad intelectual, muchas de las cuales se sustentan en argumentos económicos discutibles, y otras que tienen una clara carga ideológica. En tercer lugar, nos ocuparemos de exponer las razones por las que creemos que la propiedad intelectual, aceptando gran parte de la problemática anotada, ha logrado sortear las críticas con inteligencia. Finalmente, haremos nuestros comentarios generales en el marco de la batalla descrita en este trabajo y, en especial, de la que consideramos es la victoria de la propiedad intelectual tanto desde un plano legal como económico.

### ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL?

El progreso y el desarrollo se encuentran íntimamente ligados a la existencia de la propiedad intelectual. Cuando hablamos de propiedad intelectual,

nos referimos en verdad a un *set* de diversas titularidades que pueden ser adquiridas o reconocidas en determinados supuestos y bajo determinadas condiciones. Esas titularidades tienen características diferenciadas y cumplen roles diversos, por lo que estudiarlas a profundidad en verdad implica realizar un trabajo que no nos ocupa en esta oportunidad. Sí nos interesa, sin embargo, presentar de forma elemental tres tipos de titularidades elementales que, sin ser las únicas, resultan ser las más difundidas: (i) las marcas; (ii) las patentes, y; (iii) los derechos de autor. Las marcas podrían ser incluidas en un sub-grupo más amplio que podríamos denominar "signos distintivos", dentro de los cuales se encuentran, además, los nombres comerciales y los lemas comerciales, por mencionar otros casos.

Este *set* de titularidades se encuentra caracterizado por diversas limitaciones en el marco de un conflicto bastante particular entre la exclusividad de los derechos que adquieren los titulares y la necesidad de generar un acceso libre y abierto a la información y, en última instancia, al conocimiento en general. Sin perjuicio de este conflicto, no puede ni debe quedar duda de la importancia que tiene la propiedad intelectual en nuestros días, al punto que la fortuna de muchos negocios descansa fuertemente en sus derechos de propiedad intelectual<sup>1</sup>.

El aumento de atención en la propiedad intelectual puede deberse a una diversidad de factores. El ejercicio de un derecho de exclusiva puede generar rentas económicas a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, pero los que reproducen tales derechos (a quienes llamaríamos "*piratas*") pueden tan sólo obtener un retorno competitivo. Ello puede hacer más fácil organizar un esfuerzo colectivo por parte de los titulares de derechos de autor o de patente para expandir los derechos de propiedad intelectual, que organizar a un grupo interesado de *piratas* para oponerse a dicha expansión<sup>2</sup>.

Ahora bien, en términos generales, cuando hablamos de propiedad intelectual, normalmente nos referimos a derechos que versan sobre información. Si dicha información "puede ser copiada a bajo costo por quienes llegan a poseerla, la per-

<sup>1</sup> FISHER, William. "Theories of Intellectual Property". En: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge University Press. 2001.

<sup>2</sup> Esto lo han dicho, con palabras casi idénticas: LANDES, William M. y Richard A. POSNER. "The Political Economy of Intellectual Property Law". AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies. Washington. 2004. p. 14.

sona que desarrolló la información, en primer término, no podrá venderla a muchos compradores (...) como consecuencia de ello, la recompensa para quien crea información tenderá a ser menor, quizás sustancialmente menor, que su valor social”<sup>3</sup>. Esta premisa esencial puede ser aplicada a las diversas ramas que hemos identificado previamente.

Así, la justificación más común de la propiedad intelectual es que ella permite la generación de incentivos para la creación de nuevos inventos, nuevas obras, mayores y mejores productos y, en general, mayor información para el mercado. Ello en el entendido que si el creador, por ejemplo, de una pieza artística, no pudiera obtener beneficios exclusivos sobre su creación, jamás volvería a invertir en la realización de una nueva obra a la que todos tendrían acceso libre y gratuito. En esa línea, la propiedad intelectual recompensa la actividad intelectual del ser humano y lo incentiva a seguir creando para beneficio de la colectividad y del desarrollo global.

En lo que concierne a las patentes, por ejemplo, “la protección legal a las invenciones incentiva la inversión, los requerimientos de divulgación y de información afianzan el conocimiento tecnológico; además, facilitan la investigación futura. Los incentivos para desarrollar y comercializar las investigaciones difuminan rápidamente los avances”<sup>4</sup>. Existe una lógica que subyace a la protección de la propiedad intelectual, que se encuentra vinculada a la noción de desarrollo. El desarrollo de mejores y mayores productos del intelecto humano parte del reconocimiento que se haga al derecho del creador de tales productos iniciales sobre sus creaciones. La ausencia de un derecho es la ausencia de incentivos para el desarrollo.

En líneas generales, “el objetivo de la propiedad intelectual es crear incentivos que maximicen la diferencia entre el valor de la propiedad intelectual, que ha sido creada y usada y el costo social de su creación, incluyendo el costo de administrar el sistema (...) los productores privados tienen un incentivo para invertir en innovación únicamente si reciben un retorno apropiado. Que los productores tengan los incentivos correctos depende

de su habilidad para apropiarse, al menos, de algo del valor que los usuarios le confieren a sus trabajos. Si los potenciales innovadores se encuentran limitados en su habilidad para capturar este valor, podrían no tener el incentivo suficiente como para invertir en actividad innovativa en un nivel socialmente óptimo”<sup>5</sup>.

Por el lado de las marcas, éstas tienen como función primordial distinguir los productos y servicios de los diversos competidores en el mercado. De esta forma, las marcas confieren información sobre el real origen empresarial de los productos y servicios al alcance del público consumidor y, con ello, permite reducir los costos de búsqueda de información, que podrían ser considerablemente elevados si es que las marcas no existiesen. Si usted fuese a un supermercado y quisiera comprar su gaseosa preferida de color negro, pero ninguna de las botellas tuviese marca, usted tendría que asumir un verdadero dolor de cabeza para lograr identificar cuál es la gaseosa que a usted le gusta. Ese dolor de cabeza viene dado por la pérdida de tiempo que significa todo el proceso de identificación, que pudo ser ahorrado con una simple marca.

Ello explica que se haya señalado que “el valor de una marca es el ahorro en los costos de búsqueda que se genera gracias a la información o reputación que la misma puede dirigir o incorporar respecto al producto (o respecto a la empresa que fabrica el producto) (...) una vez que se crea la reputación, la empresa obtendrá mejores ganancias porque las compras reiteradas y las referencias de terceros generarán mayores ventas y, porque los consumidores estarán dispuestos a pagar precios más altos a cambio de menores costos de búsqueda y mayor seguridad en la obtención de una calidad constante”<sup>6</sup>.

Existen otros beneficios adicionales derivados de la protección que se confiere a las marcas. Por ejemplo, en alguna oportunidad hemos desarrollado la importante labor del derecho marcario en la generación de nuevas palabras que permitan reducir los costos inherentes al proceso comunicativo. Ello se explica en virtud a que aquellas marcas (incluso ideadas por sus propios creadores) que

<sup>3</sup> SHAVELL, Steven. “Foundations of Economic Analysis of Law. The Belknap Press of Harvard University Press”. Cambridge. 2004. p. 138.

<sup>4</sup> MENELL, Peter S. “Intellectual Property: General Theories”. En: Encyclopedia of Law and Economics. 1999.

<sup>5</sup> BESEN, Stanley M. y Leo J. RASKIND. “An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property”. En: The Journal of Economic Perspectives. Volumen 5. Número 1. 1991.

<sup>6</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. “El Contenido Económico del Derecho de Marcas”. En: Ius Et Veritas 13. 1996. p. 75.

llegan a ser tan difundidas que empiezan a ser usadas por los consumidores de forma general y sin referencia a algún origen empresarial determinado, pierden su aptitud distintiva y pasan a formar parte del lenguaje ordinario, perdiendo de esta forma la protección que se le confería por su condición de marca<sup>7</sup>.

En suma, la propiedad intelectual en su conjunto permite generar incentivos al desarrollo y cumple otras finalidades importantes: (i) identificar productos y servicios en el mercado; (ii) generar una suerte de *pool* de información para la creación de nuevas obras e invenciones; (iii) genera una renta que beneficia a quien ha invertido en la creación e invención; (iv) genera incentivos para la manutención de calidad, lo cual redundará en beneficio de los consumidores; entre otras finalidades frecuentemente olvidadas. A todo ello se suma un hecho: si bien es cierto existen muchas críticas que atañen a la esencia de la propiedad intelectual, es importante señalar que ésta cuenta con reglas destinadas a mitigar los posibles efectos perniciosos de un supuesto monopolio legal infranqueable, tal y como comentaremos posteriormente.

Ahora bien, se ha dicho con innegable acierto que “generar un incentivo para escribir libros o hacer invenciones es un propósito obvio de la propiedad intelectual. Lo que queremos, sin embargo, no es meramente un incentivo sino el incentivo correcto. La ganancia para el generador de propiedad intelectual debe ser al menos una medida aproximada del valor que otras personas asignan a lo que produce, de modo que pueda asumir los costos de producirla, si y solo si, en términos netos, vale la pena producirla”<sup>8</sup>. De esta forma, no se trata de generar un simple incentivo para la creación de propiedad intelectual, sino que debe cuidarse que el incentivo sea lo suficientemente apto para, en términos costo-beneficio, representar una ganancia real al creador y no una pérdida.

Medir esa ganancia real es una tarea titánica. Muchos estarán tentados a alegar que el simple costo de la medición ya es razón suficiente como para dejar atrás la campaña en pro de la propiedad

intelectual. Nosotros discrepamos. Existen evidentes tensiones que deben ponderarse teniendo a la vista todos los elementos de juicio que correspondan. El desarrollo tecnológico trae consigo tanto beneficios como perjuicios para los creadores de propiedad intelectual, por lo que no se puede dar una respuesta por adelantado. “El acceso a un mercado global, por parte de los titulares de propiedad intelectual, es mayor en cuanto menores sean los costos de divulgar sus trabajos. Y los cambios tecnológicos, que facilitan la venta directa de la propiedad intelectual al consumidor final, cuando un productor de software, obviando a todos los intermediarios, vende y envía directamente a los consumidores por Internet, permiten a los titulares de la propiedad intelectual evitar al derecho de la propiedad intelectual por medio de contratos, encriptados o ambos para evitar la copia por parte de los consumidores –incluso una copia que pudo haber sido permitida por el derecho de autor en el nombre del *fair use* o sobre la base de la expiración del derecho. El punto central es que la tecnología y el derecho son sustitutos en restringir, así como en expandir, el acceso a la propiedad intelectual”<sup>9</sup>. Es por ello que todos los factores deben ser ponderados sin asumir, *ex ante*, que alguno de ellos puede hacer efectivamente la diferencia en la batalla por la propiedad intelectual. Cada factor puede considerarse a favor o en contra, dependiendo de cómo se le mire.

La propiedad intelectual tiene una función generadora de incentivos al igual que la propiedad física (la que uno tiene, por ejemplo, sobre esta revista). Sin embargo, no se trata de lo mismo. “Con la propiedad real, si uno la entrega ya no la tiene. Con la propiedad intelectual, si uno la entrega, uno puede retener el uso de la información, al menos, claro está, que uno entre en un acuerdo en el cual se comprometa a no usar la información una vez que la haya transferido a la otra parte. Esta simple diferencia ayuda a entender el balance clave en ambas áreas, entre la creación, de un lado, y la diseminación, del otro. En la propiedad real, si la ley crea derechos fuertes y perpetuos, no se evitará la diseminación, porque el propietario actual tendrá todos los incentivos adecuados para decidir si mantiene o vende el bien. La parte que valore más el bien se convertirá en su único dueño. En

<sup>7</sup> Hemos desarrollado este tema en otra oportunidad. Puede verse: RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo. “Érase una vez una Marca: La Economía Simple del Lenguaje y su Relación con el Derecho de Marcas”. En: Revista Athina 3. Lima. 2007.

<sup>8</sup> FRIEDMAN, David D. “Law’s Order: What Economics Has to do with Law and Why It Matters”. Princeton University Press. 2000. pp. 134-135.

<sup>9</sup> POSNER, Richard A. “Intellectual Property: The Law and Economics Approach”. En: The Journal of Economic Perspectives. Volumen 19. Número 2. 2005. p. 72.

las patentes y los derechos de autor (pero no en otras formas de propiedad intelectual), si la ley confiere derechos perpetuos, los costos de exclusión son mucho más altos que con la propiedad física, en virtud a que se elimina el derecho de otros individuos a usar esas ideas cuando el costo marginal de dicho uso es cero<sup>10</sup>. Así, la clave del problema es que cuando yo tengo una manzana y otro la quiere, yo decido si la vendo o no en función a si gano o no gano más con lo que me ofrecen a cambio. Cuando poseo cierta información y otro la quiere usar, dicho uso (el de la otra persona) no representa ningún costo para mi, no tiene sentido que trate de obtener algo por ella. Sin embargo, esto no quiere decir que no deba existir el derecho de la propiedad intelectual. ¿O es que para matar un pequeño resfriado se necesita matar al enfermo?

Veamos lo que ocurre con los derechos de autor. Estas titularidades pretenden proteger las obras del intelecto como libros y canciones. Asimismo, se encuentran protegidas ciertas obras –calificadas como “derivadas”– como las traducciones a otro idioma. Para que una obra logre ser protegida, debe tener, como característica primordial, su originalidad (debe encontrarse fijada en un soporte material, ya que, de lo contrario, sería difícil verificar una posible infracción a los derechos de autor). Como todos los ámbitos de la propiedad intelectual, existen ciertas figuras legales que permiten evitar que los efectos derivados del derecho de exclusiva resulten nocivos, razón por la cual uno no debería preocuparse por supuestos monopolios legales ineficientes.

El debate sobre la esencia de la propiedad intelectual podría ser resumido a un balance entre el acceso y el incentivo que se quiere generar. Sin embargo, resulta cuestionable que la problemática de la propiedad intelectual se reduzca a eso. Este punto del balance debe ser entendido: como la propiedad intelectual es, usualmente, sencilla de copiar por parte de personas que no han incurrido en el costo de crearla, existe un temor fundado a que, de no existir protección legal, se reduzca o desaparezca el incentivo para crear propiedad intelectual. Por otro lado, la protección legal permite al creador cobrar un precio superior al costo marginal, impidiendo el acceso a la propiedad intelectual a quienes valoran la creación más

que dicho valor pero menos que el precio que el titular quiere cobrar<sup>11</sup>.

Ahora bien, reconociendo que existen puntos conflictivos en la batalla por la propiedad intelectual, debemos ser enfáticos en señalar que existen voces extremistas que propugnan la desaparición del derecho de la propiedad intelectual. Esto no tendría nada de malo –ya que toda idea resulta digna de ser escuchada en la medida que puede contribuir a un debate interesante sobre la materia– si es que no se hubiesen confundido nociones económicas con nociones ideológicas. La economía es buena y la ideología es respetable, pero no se puede hacer pasar una cosa como la otra. A continuación trataremos de presentar algunas de las opiniones críticas que se han formulado para luego presentar nuestra objeción académica. Nuestro punto no es que las críticas sean incorrectas –muchas de ellas hacen alusión a ciertas cuestiones reales y preocupantes en términos de eficiencia–, sino, simplemente, que no vienen al caso cuando el propio derecho de la propiedad intelectual contiene mecanismos para minimizar aquellos efectos que puedan ser negativos.

#### LO QUE SE HA DICHO EN CONTRA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LO QUE NO SE HA QUERIDO DECIR

El argumento que ha llegado a nuestro país puede plantearse de la siguiente forma: se ha tratado de asociar la lógica de la existencia de propiedad intelectual a la lógica de la propiedad física cuando cumplen funciones económicas distintas. Así, la propiedad física existe cuando concurren dos requisitos: (i) consumo rival, y; (ii) bajos costos de exclusión. El consumo rival hace referencia a la imposibilidad de que un mismo bien pueda ser usado o consumido al mismo tiempo por dos personas. De esta forma, mientras que usted lee esta revista, otra persona no la puede estar leyendo en otro lado. No estamos hablando del contenido de la revista sino del uso de *esta* revista (de la que usted tiene en sus manos). Ciertamente otra persona puede leer el mismo contenido que usted pero no puede tener exactamente la misma revista –el mismo bien– que usted tiene. Puede tener otro ejemplar del mismo número pero no *esta* revista.

<sup>10</sup> EPSTEIN, Richard A. “The Structural Unity of Real and Intellectual Property”. Progress on Point – The Progress & Freedom Foundation. 2006. p. 10.

<sup>11</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. “The Economic Structure of Intellectual Property Law”. The Belknap Press of Harvard University Press. 2003. p. 11.

Por otro lado, los costos de exclusión hacen referencia a los costos de impedir que otro use el mismo bien. De esta forma, es relativamente sencillo excluir a otros del consumo de la manzana que estamos comiendo, pero puede resultar sumamente costoso excluir a otros de la porción de mar que alegamos tener. De esta forma, el argumento se reduce a lo siguiente: en general, cuando existe consumo rival y bajos costos de exclusión, se justifica la propiedad privada y, cuando no existe consumo rival y tenemos altos costos de exclusión, no debe concederse una titularidad sobre el bien. La propiedad intelectual, se dice, en la medida que tiene por objeto a la información, busca proteger un bien que no ostenta consumo rival y tiene altos costos de exclusión<sup>12</sup>.

Por estas razones, se ha señalado que: “la forma en la que se incentiva la producción de información, mediante el otorgamiento de patentes y derechos de autor, es estableciendo monopolios sobre ella. Con esto, convertimos un bien, que una vez producido es abundante, en un bien escaso, a diferencia de lo que sucede cuando creamos derechos de propiedad privada sobre bienes materiales. En este último supuesto se logra una mayor abundancia de un bien caracterizado por su natural escasez”<sup>13</sup>. De esta forma, mientras que la propiedad física incentiva la inversión en los bienes protegidos, alentando la existencia de más y mejores bienes, la propiedad intelectual no sólo no incentiva la creación de más obras sino que restringe el acceso sobre las que existen.

Otra de las críticas que se ha señalado es que la propiedad intelectual implica una suerte de “exceso regulatorio”. Así, se ha señalado que “la eficiencia económica y el sentido común refieren que las ideas deben ser protegidas y poder venderse como cualquier otro bien. Pero la propiedad intelectual ha llegado a significar no sólo el derecho a poseer y vender ideas, sino también el derecho a regular su uso. Esto crea un monopolio socialmente ineficiente y lo que es comúnmente llamado propiedad intelectual, debería ser mejor llamado monopolio intelectual”<sup>14</sup>.

Ya desde una perspectiva netamente ideológica, se ha señalado que la existencia de la propiedad intelectual –en la medida que genera incentivos para la producción de más obras y creaciones– “hace que, artificialmente, se asignen mayores recursos a la producción de libros y menos, digamos, a leche y medicamentos, lo cual produce un fenómeno de consumo de capital con la consiguiente reducción de salarios en ingresos, en términos reales que, a su vez, implica un privilegio para que puedan acceder los más ricos al propio mercado de libros en detrimento de los relativamente más pobres”<sup>15</sup>.

Como podemos ver, todo tipo de argumentos se han vertido contra la propiedad intelectual. Desde que resulta cuestionable su fundamento económico hasta que pretende beneficiar a los más ricos y perjudicar a los pobres. Así están las cosas. Las críticas de carácter teórico pueden ser resumidas de la siguiente forma: (i) los titulares de derechos de propiedad intelectual actúan como monopolistas; (ii) los derechos de propiedad intelectual congelan ciertas innovaciones beneficiosas; (iii) los derechos de propiedad intelectual restringen el conocimiento y evitan la generación de nuevas y mejores creaciones en la medida que bloquean el acceso a información previa, y; (iv) el sistema de propiedad intelectual resulta sumamente costoso de administrar, por lo que no se justifica su existencia en términos de eficiencia<sup>16</sup>.

Existe otro argumento económico que se encuentra ligado al argumento ideológico que hemos citado hace unos momentos. Este argumento básicamente señala que la existencia de la propiedad intelectual puede generar demasiada innovación. En otras palabras, puede algunas veces dar lugar a actividad inventiva duplicada y no coordinada, resultando una suerte de desperdicio en términos sociales<sup>17</sup>. Por ejemplo, supongamos que la persona X decide crear el invento A, la persona Y decide crear el mismo invento y la persona Z, exactamente lo mismo. Supongamos que la persona Y – la segunda– logra proteger su invento el día de hoy. Ello hace que la actividad inventiva, con

<sup>12</sup> Puede verse: BULLARD, Alfredo. “Reivindicando a los Piratas ¿Es la Propiedad Intelectual un Robo?”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales 1. Lima. 2005. Asimismo, puede revisarse el trabajo de PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. “Una Visión Crítica de la Propiedad Intelectual. Por qué eliminar las patentes, los derechos de autor y el subsidio estatal a la producción de información”. En: Revista de Economía y Derecho. Sociedad de Economía y Derechos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Invierno 2004.

<sup>13</sup> PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. Op. cit.

<sup>14</sup> BOLDRIN, Michele y David LEVINE. “The Case Against Intellectual Property”. The Economist 23. 2001.

<sup>15</sup> BENEGAS LYNCH (h), Alberto. “Apuntes sobre el Concepto de Copyright”. Fundación Alberdi. Argentina. 1998. pp. 17-18.

<sup>16</sup> Esto ha sido más o menos lo que se ha sistematizado en: EPSTEIN, Richard A. “Intellectual Property for The Technological Age”. The Manufacturing Institute. 2006.

<sup>17</sup> Esto se encuentra recogido en el trabajo de FISHER, William. “Intellectual Property and Innovation: Theoretical, Empirical and Historical Perspectives”. Programme Seminar on Intellectual Property and Innovation in the Knowledge-based Economy. 2001.

sus correspondientes costos, incurrida por X y Z resulte siendo un desperdicio, toda vez que, únicamente, será protegido Y. No importa que él no haya sido el primero que tuvo la idea, sino que él fue el primero que presentó el resultado para su registro ante la autoridad competente (si fuera una patente, en nuestro país sería la Oficina de Inventiones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI).

Se ha dicho todo eso y algunas cosas más. Lo que no se ha dicho es que el derecho de la propiedad intelectual cuenta con un *set* de reglas destinadas a mitigar los efectos negativos que pueden derivarse del derecho de exclusiva que se confiere a los titulares. De esta forma, analizaremos el modo en que la propiedad intelectual se auto plantea restricciones y cómo algunas de las críticas, en verdad, carecen de mayor sustento legal o económico. Podemos decir que la propiedad intelectual carece de sentido, en tanto la forma de propiedad no resuelve un problema de escasez; sin embargo, habría que preguntarnos si el nivel de creaciones no se debe directamente a la protección que confiere la propiedad intelectual<sup>18</sup>.

### **CÓMO LA PROPIEDAD INTELECTUAL SE HA ENCARGADO DE MINIMIZAR SUS DEFECTOS Y REALZAR SUS VIRTUDES**

Ahora nos interesa dedicarnos a explorar un poco sobre el funcionamiento de las diversas titularidades que componen el derecho de la propiedad intelectual y exponer las limitaciones que el propio derecho ha previsto para cada una de ellas. De esta forma, se entenderá cómo es que la propiedad intelectual minimiza los costos que puede implicar, generando un balance positivo al contrastarse con el necesario incentivo al desarrollo.

En primer término, se suele señalar que la concesión de un derecho de exclusiva –como por ejemplo, lo que ocurre al otorgarse una patente– es en realidad el otorgamiento de un monopolio. Aquí deben diferenciarse dos cuestiones cruciales.

En primer término, “el derecho de excluir a otro de la producción, uso y venta puede no generar un significativo poder de mercado, incluso cuando la patente verse sobre un producto que es vendido en el mercado”<sup>19</sup>. Así, una empresa puede ser titular de cientos de patentes y no poseer monopolio alguno en cualquier mercado en el que participe. Ello no puede perder de vista –y de hecho no lo hace– que un significativo poder de mercado “es particularmente importante con relación a la monopolización, por dos razones entrelazadas: que el comportamiento unilateral de una empresa se encuentra regulado y que es usualmente ambiguo determinar si una conducta es anticompetitiva (y muchas no lo son)”<sup>20</sup>.

Entonces, una empresa puede ser titular de una patente y no tener un poder de mercado en la industria en la cual participa. Y ello se entiende en la medida que el derecho de exclusiva otorgado versa únicamente sobre la invención protegida, pero no impide que existan invenciones distintas que puedan ser sustitutas en el mercado y que puedan competir por precios. Mucho se dice sobre cómo la propiedad intelectual reduce la información disponible para generar nuevas invenciones. Sin embargo, este argumento resulta al menos bastante cuestionable.

El artículo 40 de la Decisión 486, que regula el Régimen de Propiedad Industrial de la Comunidad Andina, establece que “transcurridos dieciocho meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud en el País Miembro o cuando fuese el caso desde la fecha de prioridad que se hubiese invocado, el expediente tendrá carácter público y podrá ser consultado, y la oficina nacional competente ordenará la publicación de la solicitud de conformidad con las disposiciones nacionales”. Así, debe recordarse que la solicitud de una patente debe incluir, entre otras cosas, un resumen que permita la divulgación de información esencial sobre la misma “de manera suficientemente clara y completa para su comprensión y para que una persona capacitada en la materia técnica correspondiente pueda ejecutarla”<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Se ha dicho textualmente que el propósito de la propiedad intelectual “es crear una escasez para de este modo generar una renta monopólica para los tenedores del derecho: aquí la ley no protege la propiedad de un bien escaso sino que la “escasez” es creada por la misma ley”. Ver: COLE, Julio H. “¿Se Justifican las Patentes en una Economía Libre?”. En: Revista Laissez-Faire 9. Guatemala. 1998.

<sup>19</sup> DAM, Kenneth W. “The Economic Underpinnings of Patent Law”. John M. Olin Law & Economics Working Paper 19. Chicago Law School. p. 3.

<sup>20</sup> KAPLOW, Louis y Carl SHAPIRO. “Antitrust. John M. Olin Center for Law, Economics and Business”. Discussion Paper 575. Harvard Law School. p. 101.

<sup>21</sup> Ver el artículo 28 de la Decisión 486.

Así, el hecho que se haya solicitado una patente no quiere decir que la información, que podría ser importante, quede reservada a favor del titular. Si el objeto de la propiedad intelectual es la información, difícilmente puede decirse que existe un monopolio sobre la misma. Es más, la normativa contempla una serie de usos que no afectan el derecho del titular de la patente, como por ejemplo, los relacionados a la enseñanza (que es vital para difundir el conocimiento e impulsar el desarrollo) y a la experimentación.

Ahora bien, el hecho que no se genere un monopolio no implica que, efectivamente, el otorgamiento de una patente no genere una renta económica a favor de su titular. Pero dicha renta debe ser vista como el necesario incentivo económico para realizar nuevas inversiones futuras. Se suele argumentar que la existencia de patentes inhibe la innovación a futuro. Sin embargo, la obligación de divulgar información y la limitación temporal de las patentes permite entender cómo es que existen contrapesos a dichos costos. Asimismo, ciertos requisitos permiten un desarrollo futuro. Quizás parte del problema de muchos críticos a la propiedad intelectual, sobre todo los autores nacionales que se han pronunciado a favor de la desaparición de las patentes y los derechos de autor, es que han recogido muchas de las críticas que se han formulado en otras latitudes y sobre la base de otras normativas. Si se esgrimen críticas en los Estados Unidos –que se caracteriza por tener un análisis bastante simple y que suele conceder patentes verdaderamente absurdas– éstas no pueden ser trasladadas al caso peruano en donde el sistema legal es mucho más fuerte en materia de propiedad intelectual. Nos atrevemos a creer que un alto porcentaje de patentes otorgadas en los Estados Unidos jamás hubiesen sido otorgadas en nuestro país.

Por otra parte, el tema de la divulgación de información, que ya hemos comentado, no debe ser reducido a un plano menor. “Un propósito del sistema de patentes es incentivar a las firmas a divulgar sus invenciones al público. El sistema de patentes consigue dicha finalidad requiriendo a los

inventores a que hagan significativas revelaciones de información como parte del proceso de patentabilidad”<sup>22</sup>. Adicionalmente, no existe una pérdida a nivel social ya que las invenciones deben ser usadas para ser mantenidas. En efecto, “no vemos razón para creer que el único o dominante propósito de los individuos sea bloquear las innovaciones de los otros. Las patentes en sí mismas son caras de adquirir. El inventor, únicamente, obtendrá un ingreso en función a que pueda asignarla, licenciarla o vender la patente en cuestión. Cualquier patente que crea un bloqueo sin retorno, será un servicio a favor de los titulares de patentes existentes...”<sup>23</sup>. En la medida que la patente debe ser efectivamente aplicada, la sociedad tiene garantizado el empleo de dicha innovación. No existe desperdicio posible, ya que será el mercado el que decidirá que invención fracasa, no el funcionario encargado de otorgar la patente ni los críticos al sistema de propiedad intelectual.

En el caso de los derechos de autor, las críticas no han sido menores. Se defiende, en términos económicos, la existencia de límites relativos a la duración del derecho de autor, sobre la base de diversas razones. Estas razones han sido agrupadas de la siguiente manera: (i) los costos de rastreo (es decir, de identificación del autor) aumentan con la duración de la protección del derecho de autor; (ii) los costos de transacción pueden ser prohibitivos, si es que los creadores de nueva propiedad intelectual deben obtener licencias para emplear toda la propiedad intelectual previa que busquen incorporar; (iii) debido a que la propiedad intelectual es un bien público, cualquier precio positivo por su uso inducirá a los consumidores y a los creadores de subsiguiente propiedad intelectual a lograr sustitutos que cuestan más a la sociedad y que son de menor calidad; (iv) los incentivos para crear propiedad intelectual no se encuentran afectados por las limitaciones que puedan presentar, de la misma forma como no se encuentran afectados, si dentro del periodo de protección, emergen nuevos mercados para las creaciones; (v) una propiedad intelectual ilimitada genera incentivos para la sobre-inversión en la creación de obras por el simple hecho de obtener una titularidad<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> LICHTMAN, Douglas; BAKER, Scott y Kate KRAUS. “Strategic Disclosure in the Patent System”. John M. Olin Law & Economics Working Paper 107. Chicago Law School. p. 1.

<sup>23</sup> EPSTEIN, Richard A. y Bruce N. KUHLIK. “Navigating the Anticommons for Pharmaceutical Patents: Steady the course on Hatch-Waxman”. John M. Olin Law & Economics Working Paper 209. Chicago Law School. p. 3. Para otra aplicación del argumento en defensa de la propiedad intelectual, puede revisarse: EPSTEIN, Richard A. “Steady the course: Property Rights in Genetic Material”. John M. Olin Law & Economics Working Paper 152. Chicago Law School.

<sup>24</sup> Hemos seguido –aunque hemos modificado y alterado algunas cosas– la sistematización propuesta por LANDES, William M. y Richard A. POSNER. “Indefinitely Renewable Copyright”. John M. Olin Law & Economics Working Paper 154. Chicago Law School.



También es cierto, con relación a los derechos de autor, que se ha argumentado que estas titularidades representan expropiaciones de lo que podría considerarse una suerte de patrimonio colectivo. Así, cuando un autor crea una nueva novela, muchas veces toma referencias, citas, datos e incluso otras obras de otros autores como referencia y como base para la creación de la suya. De esta forma, se dice, las creaciones previas sirven para las nuevas creaciones. Es como si todo este bagaje de información estuviera almacenado en una gran piscina, de la cual los nuevos autores extraen lo que necesitan y obtienen un derecho de exclusiva de esta forma. Visto en esa perspectiva, el derecho de autor suena muy injusto y abusivo.

Pero hay otra forma de ver las cosas, "...el autor de un trabajo protegido por el derecho de autor contribuye –nos atrevemos a pensar que en igual medida– de regreso a la piscina común, en virtud a la creación de imágenes que permiten a otros continuar con sus trabajos también. Así, estos contribuyentes obtienen una compensación implícita por sus contribuciones en vista de la posibilidad de usar los trabajos del creador en sus propias creaciones. De esta forma, mientras que pensemos que el derecho de autor proporciona incentivos importantes para la creación de nuevos trabajos, no existe motivo para pensar que cada céntimo de utilidad debe ser recibido por todos en vez de dirigido al autor. En efecto, en muchos casos, el elemento "monopolio" sobre la utilidad está sobredimensionado, porque los derechos de exclusiva no suelen convertirse en monopolios económicos en virtud a la competencia feroz por lectores u oyentes, la misma que es facilitada por el derecho de autor"<sup>25</sup>.

Otro aspecto que debe ser considerado es que la posición extremista de algunos autores pierde de vista cuáles son las premisas generales desde las que parte la propiedad intelectual y, específicamente, el derecho de autor. Así, debe tenerse en cuenta que "...no existe defensor de la propiedad intelectual que piense que la propiedad privada sobre todas las ideas valiosas sea una opción inteligente en términos sociales. Por el contrario, tal y como sucede con el aire o el agua que se mantienen en el común, la premisa inicial de la propiedad

intelectual es que las ideas básicas (incluyendo varias leyes de la ciencia) son propiedad en el dominio público por la mejor de las razones funcionales. La creación de derechos de propiedad privada sobre estos elementos bloquearía toda clase de trabajos útiles sin crear incentivos para su creación. Una vez que esa premisa es aceptada, el esfuerzo real es si podemos identificar ciertos trabajos intelectuales para los que si hace sentido extender la protección de la propiedad privada. El test es el mismo aquí que en el caso de los objetos físicos. ¿El cambio en el régimen legal genera una ventaja social que beneficia a todas las personas, ya sean que tengan o no derechos de propiedad intelectual?"<sup>26</sup>. En otros términos, la ponderación costo-beneficio debe hacerse caso por caso. ¿Tiene sentido económico otorgar un derecho de exclusiva con relación a un trabajo carente de originalidad alguna? ¿Tiene sentido económico otorgar un derecho así con relación a una fórmula científica? Por otra parte, ¿es razonable conferir un derecho de exclusiva a favor del autor de *Rayuela* o de las *Aventuras de Tom Sawyer*?

Una forma de afrontar la determinación antes propuesta es identificar si los costos de reconocer y, posteriormente, delimitar un derecho de exclusiva, son bajos o altos. En general, podría pensarse en dos grandes grupos de costos implícitos: (i) el costo de reconocer al autor, y; (ii) el costo de determinar cuándo otra persona está vulnerando su derecho. El segundo costo es más difícil de determinar que el primero, aunque éste, quizás, no sea el que debería interesarnos, *ex ante*, en nuestra discusión sobre si debemos o no tener propiedad intelectual. En ese orden de ideas, "considérese la primera y más fundamental aplicación del derecho de autor: la protección de las obras literarias contra las copias literales. Las copias literales (es decir, lo que consideraríamos un plagio burdo) son fáciles de reconocer, de forma que es fácil defender y ejecutar el derecho a favor del autor. La posibilidad de que un novelista reproduzca independientemente extensas partes del trabajo de otro novelista es esencialmente cero, de forma que el hecho que alguien escriba y tenga un derecho de autor sobre su novela, no reduce significativamente las oportunidades disponibles para otros escritores"<sup>27</sup> (el agregado es nuestro).

<sup>25</sup> EPSTEIN, Richard A. "Liberty vs. Property. Cracks in the Foundations of Copyright Law". John M. Olin Law & Economics Working Paper 204. Chicago Law School. p. 30.

<sup>26</sup> EPSTEIN, Richard A. "Why Libertarians Shouldn't Be (too) Skeptical About Intellectual Property. Progress On Point". The Progress & Freedom Foundation. Febrero 2006. p. 7.

<sup>27</sup> FRIEDMAN, David D. "Standards as Intellectual Property: An Economic Approach". En: University of Dayton Law Review. Volumen 19. Número 3. 1994.

Finalmente, el caso de las marcas parece el más sencillo de ganar. Aquí parece ser mucho más fácil admitir que la propiedad intelectual tiene sentido económico. Las marcas permiten identificar y diferenciar los productos o servicios en el mercado de forma que si uno permitiera que otros puedan usar la marca del titular de forma no autorizada, se perdería el valor que las marcas confieren al mercado: dotar de información esencial para que los consumidores tomen decisiones de consumo eficientes a menor costo.

Sin embargo, en el derecho de marcas existen igualmente límites generados por el propio régimen legal que permiten exceptuar la aplicación del derecho de exclusiva en determinados supuestos. Así, la Decisión 486 contiene en sus artículos 157 y 158 dos figuras –el primer artículo regula lo que se conoce como uso a título informativo de una marca y el segundo regula lo que se denomina agotamiento del derecho– que son, justamente, claros ejemplos de cómo la propiedad intelectual pretende no ser abusiva. De la misma forma, el artículo 22 de la Decisión 351 –Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos– contiene una serie de limitaciones al derecho de exclusiva, como lo pueden ser el derecho de cita o la reproducción con fines educativos (este último caso cuando no existan fines lucrativos).

Esos límites deben ser balanceados permanentemente con las afectaciones directas al *set* de incentivos que se quieren generar a favor de los creadores. Así, es cierto que “la aparición y generalización de tecnologías de reproducción digital determinó el ejercicio, cada vez más continuo, del derecho de copia privada, lo que viene produciendo un desequilibrio en perjuicio de los titulares del derecho de reproducción sobre obras, producciones e interpretaciones artísticas, como son los autores, productores y artistas intérpretes y ejecutantes, respectivamente”<sup>28</sup>. Los autores deben tener el derecho a un incentivo que permita nuevas creaciones en el marco de un mercado que contractualmente permita la asignación de recursos. En la medida que se vulnere la libertad de los empresarios para negociar con los autores sus propios términos contractuales, la existencia de

sociedades de gestión colectiva sí representará un exceso que distorsiona las reglas de mercado.

## PERDIENDO LA BATALLA, PERO GANANDO LA GUERRA

En este artículo, he pretendido esbozar, de forma muy sintética, algunas críticas que se han formulado contra la propiedad intelectual y he intentado responder a algunas de éstas de forma clara. Ocuparme de una defensa de la propiedad intelectual en todos los frentes, hubiera significado emprender una labor que no hubiese concluido hasta después de un tiempo considerable. Sin embargo, debo anotar que una batalla que sí se está perdiendo es aquella relacionada con la difusión de las respuestas que desde el derecho de la propiedad intelectual se puedan emitir contra las críticas que se vienen vertiendo.

En efecto, existen muchas críticas –desde un plano económico y casi unánimemente desde una perspectiva liberal– que tienen un espacio de difusión interesante. Sin embargo, encontrar respuestas en contrario no es tan sencillo. La aguja en el pajar parece que tampoco existiera. Creo que teniendo los elementos para ganar esta guerra, rendirnos en la batalla de la divulgación de información es un costo que no puede asumirse. Cuando se critica –lo que es saludable–, se requiere un espacio. Ese espacio debe ser aprovechado también por quienes se oponen a las críticas. En palabras más coloquiales: “*el que calla otorga*”. Y estamos callando en la defensa de la propiedad intelectual.

La propiedad intelectual contiene límites temporales, restricciones legales y excepciones a los derechos de exclusiva que tienen sentido económico en un mundo que debe dar importancia al acceso a la información y al conocimiento. Algunos dirán, reconociendo que la propiedad intelectual no confiere monopolios, que se generan efectos de tipo monopolio. Eso puede ser verdad, aunque nos parece discutible. Sostener que las creaciones aparecerán por mero altruismo, sin embargo, parece confiar demasiado en las buenas intenciones. La idea de autores que crean, desinteresadamente, por el bien de la humanidad, parece

<sup>28</sup> Resolución 1345-2007/TPI-INDECOPI de fecha 09 de julio de 2007. En dicho pronunciamiento se hacía referencia al tema de la compensación por copia privada. Resulta lamentable, por cierto, que hasta la fecha no existe norma legal o reglamento alguno que establezca los parámetros de graduación de sanciones en los casos de infracciones a la Ley 28131, Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante.

ser una idea bella. Pero también puede serlo el *Ratón de los Dientes*.

Creo que el fin de la historia para la propiedad intelectual se encuentra muy lejos. Por el contrario, parece ser que nuevos retos y temas deberán ser discutidos en el marco de la innovación y el progreso tecnológico. Así, la protección de los recursos

genéticos y de los conocimientos tradicionales se integran al clásico repertorio compuesto por los derechos de autor, las patentes y los signos distintivos, en general. Esta historia no acaba ahí sino que recién empieza. La propiedad intelectual está en guerra. Y esta guerra, con límites claros y argumentos pensados, será una victoria.