
Análisis Crítico de la Justificación y Fundamentos Económicos del Sistema de Derechos de Propiedad Intelectual

Carlos Pablo Márquez Escobar^{(*)(**)}

Profesor del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana

Resumen

El autor argumenta que, desde una perspectiva general, el *análisis económico* de la información y su relación con el derecho presenta una ineficiencia liminar. Para ello, desarrolla un estudio de los incentivos económicos en general y de la manera como la propiedad privada se constituye en el principal pero no el único de los incentivos económicos a la producción de información e innovación. En sentido estricto el autor hace una ontología de la propiedad, demostrando que ella no permite la inclusión de bienes inmateriales o intangibles en tanto que el fundamento moderno de tal institución proviene de la apropiación y la ocupación, categorías incompatibles con la naturaleza de la información. Dentro de tal argumentación, el autor se fundamenta en el espectro de los incentivos económicos para la producción de información e innovación, iniciando con un estudio de la naturaleza de la información y las falacias que siempre han rodeado a dicho bien. El autor concluye mostrando que los derechos de propiedad intelectual no son el producto de un proceso evolutivo de una institución como la propiedad, sino que, por el contrario, ellos proceden de privilegios concedidos por el Estado, cuya justificación y fundamento es inválido y equivoco debido a la incompatibilidad del ser de la propiedad y la ocupación con la ontología de la información.

Palabras clave: Propiedad, Teoría del Derecho, Propiedad Intelectual, Análisis Económico de Derecho, información, innovación, incentivos legales.

Abstract

The author claims that, from a general perspective, the economic analysis of information and its relation with law presents a strong inefficiency. The author develops a study of the economic incentives in general and the manner how private property is constituted as the principal but is not the only one of the economic incentives for the production of information and innovation. In strict sense, the author explores the ontology of property, showing that it does not allow the inclusion of immaterial and intangible goods since the modern fundamentals of such institution come from the appropriation and the homesteading rule, categories incompatible with the ontology of information. Into such argumentation, the author studies the economic incentive theories for information and innovation, initiating with the study of the characters of information and the fallacies that always had surrounded such good. The author concludes showing that intellectual property rights are not the product of an evolutionary process, but, on the contrary, they come from privileges conceded by the State, which its justification and fundament is invalid and equivocal due to the incompatibility of the property and the homesteading rule with the ontology of information.

Key words: Property, Theory of Law, Intellectual Property, Economic Analysis of Law, Information, innovation, legal incentives.

(*) LL.M. Harvard Law School (Cand). Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, bachiller en Filosofía y Magister en Economía de la misma universidad.
(**) Agradezco la colaboración, comentarios y críticas que amablemente me enviaron Juan David Gutiérrez, Paola A. Heredia, Luis Eduardo Zamorano y Santiago Márquez. Debo agradecer especialmente a Oscar Guardiola-Rivera y a Fernando Ramírez Laguado por sus profundas apreciaciones sobre la estructura del texto y la coherencia interna de los argumentos. Las ideas manifestadas en este ensayo son de responsabilidad exclusiva del autor y en ningún modo son una expresión institucional. Los comentarios sobre el ensayo pueden remitirse a la siguiente dirección de correo electrónico: cmarquez@law.harvard.edu.

1 Sharnan, Darcy. Intellectual Property: An Historical Perspective on the Commodification of Information. En: <http://www.sjis.ualbarta.ca/cap00/dsharnan/titlepg.htm>. Febrero 5 de 2004. Citando a: Bettig, Ronald. Critical perspectives on the history and philosophy of copyright. *Critical Studies in Mass Communication*. No. 9. 1992.

Introducción

¿Es la definición de derechos de propiedad sobre los productos del intelecto el mejor incentivo para la producción de innovación o información? La respuesta afirmativa a la pregunta anterior ha sido sostenida por múltiples autores, tanto economistas como juristas, desde hace más de dos siglos¹. Efectivamente, afirman estos autores que el origen de esta institución sólo se justificó con el incremento de las tasas de alfabetización y, sobre todo, con la invención de la imprenta². Así, prosiguen, diciendo que sólo con el significativo cambio generado en el valor de los productos del intelecto se desarrolló la necesidad de generar mecanismos de exclusión de acceso y reproducción de tales productos.

Ahora bien, tenemos claro que el progresivo aumento de convenciones, tratados, leyes y demás instrumentos de regulación de la propiedad intelectual tienen como único objetivo la disminución de las altas tasas de violación a los derechos de propiedad intelectual (DPI)³. Las razones económicas y jurídicas (no políticas) que justifican la existencia de incentivos legales como las penas de prisión y multa derivadas de la violación a los DPI no son suficientes o no han sido adecuadamente estudiadas por la doctrina económica. Algunos estudios actuales plantean dos hipótesis generales para desestimar la necesidad y la importancia de los derechos de propiedad intelectual dentro del sistema de derecho y dentro del sistema económico. Estas son:

- a) La información, por su naturaleza y carácter inapropiable e inmaterial, no permite una clara adecuación de dichos bienes al sistema de propiedad de bienes materiales o tangibles.
- b) Los sistemas legislativos que consagran la propiedad intelectual no tienen en cuenta los efectos que la educación o la cultura tienen en la percepción popular sobre la naturaleza de los productos del intelecto⁴.

La pregunta que nos llama a desarrollar el texto que presentamos a continuación se fundamenta en el problema ya resaltado por Palmer⁵, Lepage⁶ y Kinsella⁷ sobre la incompatibilidad del modelo de los derechos de propiedad intelectual con la misma institución de la propiedad, debido a las características propias de la información como bien sujeto al consumo.

Nuestra argumentación busca desde una perspectiva general abordar el *análisis económico* de la información y su relación con el derecho. Para ello, y a la manera usada por Mackaay⁸, Posner y Landes debemos primero desarrollar un estudio de los incentivos económicos en general y de la manera como la propiedad privada se constituye en el principal pero no el único de los incentivos económicos a la producción de información e innovación. En sentido estricto, la metafísica de la propiedad, o la ontología de la misma, no permiten en ella la inclusión de bienes inmateriales o intangibles en tanto que, el fundamento moderno de tal institución, proviene de la apropiación y la ocupación, categorías incompatibles con la naturaleza física de la información.

Dentro de tal argumentación, nos adentraremos en el espectro de los incentivos económicos para la producción de información e innovación, iniciando con un estudio de la naturaleza de la información y las falacias que siempre han rodeado a dicho bien. Trataremos de mostrar que los derechos de propiedad intelectual no son el producto de un proceso, sino que, por el contrario, ellos proceden de privilegios concedidos por el estado, cuya justificación y fundamento es inválido y equivoco debido a la incompatibilidad del ser de la propiedad y la ocupación con el modo o la epistemología de la información.

Para demostrar lo anterior desarrollaremos un estudio general de cada uno de los aspectos que rodean a la propiedad intelectual. Iniciaremos con un estudio sobre la ontología de la propiedad, haciendo especial

2 Del modo como lo explica Deborah Halbert, en *Futures of intellectual property law*, en 1476 la prensa escrita se introdujo en Inglaterra. El proceso de impresión generó que múltiples innovaciones fueran posibles. En primer lugar, la duplicación dejó de ser un proceso de ejecutado a mano por monjes de alguna comunidad religiosa, para convertirse en un proceso industrial que permitió ganar en velocidad y eficiencia en la impresión; segundo, la distribución ganó velocidad y cobertura. De esta manera, que la impresión revolucionó y aceleró el proceso de catalogación, recuperación y uso de la información.

3 Cfr. Márquez Escobar, Carlos Pablo. Violación a los derechos de propiedad intelectual en Latinoamérica: El caso de la piratería de software. Disertación Tesis de Maestría en Economía. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003.

4 Para una comprensión mayor del debate ver: Marron, Donald y Steel, David. (2000) Which countries protect intellectual property? The case of software piracy. *Economic inquiry*, Vol. 38, No. 2, April, 2000. Stephan, Kinsella. (2001) Against intellectual property. *Journal of libertarian studies*, Vol. 15, No. 2.; Ronkainen, I. A. and Guerrero-Cusumano, J.L. (2001). Correlates of Intellectual Property Violation. *Multinational Business Review* Spring: 59-65.

5 Palmer, Tom G., *Intellectual property: a non-posnerian law and economics approach*. *Hamline law Review*, Vol. 12, No. 2, spring, 1989.

6 Lepage, Henri. *La nouvelle économie industrielle*, 1988. Citado por: Mackaay, Op. cit., p. 13.

7 Stephan, Kinsella. (2001) Against intellectual property. *Journal of libertarian studies*, Vol. 15, No. 2.

8 Mackaay, Ejan. Economic incentives in markets for information and innovation. *Harvard Journal of law and public policy*, Vol. 13, No. 3, Summer, 1990, p. 867-909.



énfasis en su papel como incentivo a la producción y sus características como institución jurídica. Seguidamente estudiaremos a la información en su ser para develar por qué se ha sostenido que la misma no puede ser objeto de propiedad desarrollando un análisis económico de la información que constituye el mercado de la propiedad intelectual. Con este último, trataremos de probar que de la característica general de la propiedad como incentivo a la producción de bienes materiales no se puede derivar, que dicha institución, permite incentivar la creación de bienes inmateriales como la información.

Finalizaremos con un análisis sobre la justificación económica de la propiedad intelectual, desarrollando un estudio sobre la nueva economía de la propiedad intelectual y la inaplicabilidad de la teoría de los bienes públicos en los mercados de ideas. Y concluiremos mostrando la gran variedad de incentivos posibles que surgen del simple mercado y la actividad empresarial, y, con ello, la ineficiencia derivada de la existencia de un sistema de propiedad para los derechos de autor y el sistema de patentes.

1. Incentivos Económicos, Propiedad y Acción Humana

a. Los incentivos económicos en general

La economía, como lo resaltó Coase, es una ciencia más normativa de lo que los mismos economistas quisieran⁹. Es una ciencia que permite, a partir de la observación del comportamiento humano deliberado, definir qué elementos fácticos constituyen un conjunto de factores de incentivo y disuasión de la acción. La observación de estos elementos ocupa y ayuda al economista a determinar los modos y mecanismos de *control*, por disuasión o incentivo, y los efectos surgidos del comportamiento de los agentes en su interacción. La historia de las ideas económicas lo ha mostrado así. Desde Smith hasta Elster, los teóricos de la economía han indicado que ella es una «ciencia» de incentivos y disuasiones; incentivos para trabajar, para estudiar, para invertir, para ahorrar, etc.; disuasivos del ocio, la ignorancia, el robo, la crueldad, etc. A pesar de lo dicho, tal como lo recuerdan Laffont y Martimort¹⁰, no

muchos economistas se han dedicado al estudio de la economía en su relación con los incentivos. Incluso en la monumental obra de Schumpeter, *Historia del análisis económico*¹¹, nunca se menciona la palabra incentivo. Con todo, es claro que la mayoría de los economistas hoy, entienden que la economía es en su gran mayoría un problema de incentivos y disuasivos.

Ahora bien, se dice en su gran mayoría pues la teoría neo-clásica de formación de los precios puede proceder, en teoría, sin un estudio serio sobre los incentivos; sin embargo, aspectos como la minimización de costos de la firma y la maximización de utilidad del consumidor no pueden proceder sin un estudio de los efectos de aquellos, teniendo en cuenta el comportamiento racional individual¹². Así, es en estas grandes áreas donde la teoría de los incentivos tuvo sus inicios como parte independiente de la teoría económica, pues una vez los economistas centraron sus estudios en la firma, en áreas como la economía ambiental o el *agricultural and managerial economics*, los incentivos se constituyeron en el núcleo de análisis económico¹³. Empero, son muy pocos los estudios que cubren todos los aspectos de los incentivos en economía, al punto que, siendo la teoría de los incentivos dominante en muchas áreas de la economía, no fue ella un aspecto central del pensamiento económico del siglo pasado¹⁴.

Es claro, entonces, que los incentivos evolucionaron como una teoría independiente en economía. Nos falta resolver la pregunta ¿qué son los incentivos? Las explicaciones, debido a la poca fuerza teórica de los estudios sobre los incentivos, han sido diversas y, por ello, no tienen un norte único. Con todo, es claro que el problema de los incentivos económicos, como lo indica la frase, se refieren a los estímulos que, mediante el mercado, la regulación o las normas, permiten mejorar la utilidad de los consumidores o los beneficios derivados de la producción. Los incentivos de mercado son aquellos que surgen de la empresarialidad y de los procesos de cálculo económico simple; los incentivos mediante regulación, que llamamos instrumentos económicos¹⁵, son aquellos métodos o mecanismos que usa el Estado para disuadir o impulsar la realización de un acto o la apertura de una oportunidad de acción que no ocurriría sin

9 Es claro que el origen de la economía no puede ser determinado sino en el intermedio de la filosofía práctica. Smith, Maltus, Hume, Bentham, Ricardo, Mill, etc., padres de lo que hoy llamamos economía son, en estricto sentido, filósofos morales o de la ética no «economistas».

10 Laffont, Jean-Jacques y Martimort, David. *The theory of incentives: The principal agent model*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2002.

11 Schumpeter, Joseph A. *History of economic analysis*. New York: Oxford University Press, 1954.

12 Laffont, J.-J. y Martimort, D. *Op. Cit.*, p. 1 y ss.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

15 Una posición sobre el tema algo diferente en: Bulte, Erwin H., van Kooten, G. Cornelis, and Swanson, Timothy. *Economic incentives and wild life conservation*. En: <http://www.cites.org/eng/prog/economics/CITES-draft6-final.pdf>. Febrero, de 2004.

intervención¹⁶; y los incentivos normativos¹⁷ son aquellos que, a partir de elementos de tipo moral y social, surgen entre los individuos por el proceso de interacción y cooperación.

¿Por qué el mercado, la ley o las normas pueden modificar el comportamiento esperado de los agentes? La respuesta nos remite al proceso del cálculo económico racional. Se supone que el móvil de toda acción de los individuos está dado por el fin que estos persiguen. Y la consecución de fines está determinada en función de los beneficios y de la utilidad esperada surgida del juicio estimativo de los resultados de los posibles cursos de acción¹⁸. Los cursos de acción están sometidos a restricciones, sean tecnológicas, presupuestarias, legales o normativas, de tal manera que cada actor puede determinar mecanismos que permitan superar las restricciones o, sometido a ellas, definir cuál es el mejor curso de acción posible del conjunto de oportunidades de acción que se le presenta¹⁹. Por esto, incluso en la más simple interacción económica todos los individuos pretenden lo mismo, esto es, la maximización de la utilidad o el beneficio. Ello se logra porque todos y cada uno de los individuos se impelen en vista del interés propio con vistas del logro de los fines particulares.

Volviendo a los términos de los incentivos, el mercado deja la puerta abierta a la libertad, siendo la vida y su transcurrir dinámico, inestable y cambiante el principal incentivo de acción. La empresariedad indica esa aptitud que todo ser humano posee patentizada en «una innata capacidad creativa que le permite apreciar y descubrir las oportunidades de ganancia que surgen en su entorno, actuando en consecuencia para aprovecharlas»²⁰. Consiste la empresariedad en la capacidad típicamente humana

para crear y descubrir fines y medios continuamente, teniendo en cuenta que dichos recursos no son dados, sino que son dinámicos, inestables, inciertos y caóticos. El mercado parte de un proceso de constante innovación, creación y descubrimiento que tiene como móvil la utilidad, que no es exclusivamente influenciada por elementos materiales, sino también por las emociones como lo son el miedo, la desazón, la envidia, el altruismo, etc.²¹. Es la capacidad de descubrir del empresario la que amplía los caminos a las nuevas oportunidades, capacidad que estará siempre mediada por el deseo de confort y elusión del displacer. De esta manera, tal como lo expresa Kirzner aunque descontextualizándolo, la empresariedad patentiza la apertura de nuestra sociedad hacia el futuro²², sin embargo, ese futuro no es equilibrado ni estático, es caótico y cambiante.

En la economía actual, el papel de la empresariedad se ha mitigado a tal punto que la suposición de un hombre libre que actúa en un entorno cambiante y que puede por su propio albedrío lograr sus propios fines es una «utopía». La economía, en esa facción de la teoría que se denomina *mainstream economics*, olvida que el hombre puede ser su propio guía y por ello supone que el Estado es el llamado a entregar los incentivos y disuasivos de acción por intermedio de instrumentos económicos. El economista de esta facción supone que de un conjunto de «normas» de comportamiento de los agentes, derivados de la

***“Consiste la
empresariedad en
la capacidad
típicamente humana
para crear y
descubrir fines
y medios
continuamente.”***

observación, el economista puede «esperar» un determinado efecto de la acción de los agentes sometidos a diferentes instrumentos generadores de disuasores e incentivos²³. Estas «normas» económicas del comportamiento se aplican a todos los agentes en el mercado y permiten la determinación de sistemas,

16 Desde luego, puede que este efecto no sea económicamente el más deseable para el agente sujeto a la intervención, pero puede ser el más deseable para los intereses del individuo o grupo de individuos que propone el instrumento.

17 Entendemos por norma, aquellos lineamientos del comportamiento que surgen entre los individuos por la interacción al interior del proceso de socialización cuya coacción proviene de la vergüenza, la culpa y etc., y que no se desarrolla a partir de un proceso formal en el que interviene el Estado. Para ampliar sobre este aspecto disuasivo o de incentivo de acción, recomiendo leer: Kreps, David. Intrinsic motivation and extrinsic incentives. *The American Economic Review*. Vol. 87, No. 2, May, 1997; Posner, Richard. Social norms and the law: An economic approach. *The American Economic Review*. Vol. 87, No. 2, May, 1997; Lindbeck, Assar. Incentives and social norms in household behavior. *The American Economic Review*. Vol. 87, No. 2, May, 1997.

18 Huerta de Soto, Jesús. Socialismo, cálculo económico y función empresarial. Madrid: Unión Editorial, 2001. p. 26.

19 *Ibidem*.

20 Huerta de Soto, Jesús. La libertad de Empresa. En: Anuario de Economía. Negocios Ediciones: Madrid, 1996. p. 78.

21 Brenner, R. Betting on Ideas: Wars, invention, Inflation. Chicago: University of Chicago Press, 1989. Citado por: Mackaay, E. Op. Cit., p. 871. Ver además: Elster, Jon. Emotions and economic theory. *Journal of economic literature*. Vol. 36, No. 1, March, 1998.

22 Kirzner, Israel. El empresario. En: Estudios de Economía Política. Traducido por: Jesús Huerta de Soto, Unión Editorial: Madrid, 1994.

23 Los cuales se plasman en modelos económicos que permiten la «experimentación teórica» al científico económico.



métodos y mecanismos de disuasión e incentivo, sean estos premios o penas. En este entender, la labor de desarrollo de incentivos económicos por intermedio de la actividad legislativa y reglamentaria se construye como una actividad de dirección del comportamiento de los agentes ante diferentes sanciones²⁴. Este postulado de dirección en el desarrollo legislativo se aplica a todas las áreas del derecho²⁵ pues, independiente de ellas, el comportamiento de los agentes se determina por un proceso deliberado en el que intervienen fines y medios cuya consecución es limitada en sus oportunidades por las restricciones legislativas²⁶.

Respecto de los incentivos económicos procedentes de normas, la literatura ha tocado el tema de modo variado. Es claro que las normas sociales o morales generan cierto tipo de disuasión deliberada y por ello son restricciones a algunas oportunidades de acción que recaen en aquellos agentes que le conceden valor en sus medios y fines a la culpa, la vergüenza, la pena y demás emociones que surgen de la transgresión a las normas morales. De este modo, el cumplimiento de las normas sociales puede ser visto como un modo de adquirir beneficios frente a lo social de la misma manera puede ser visto como un sistema para lograr beneficios. Los incentivos para obedecer a las normas sociales son cuatro²⁷: Primero, obedecer las normas puede constituir una ventaja posterior en las transacciones (v.gr. hablar el idioma predominante en la sociedad); segundo, evitar emociones desagradables o dis-placenteras de desaprobación individual (v.gr., la culpa por el pecado);

tercero, evitar la desaprobación social y el ostracismo social (derivado del ridículo) y; cuarto, internalizadas y obedecidas sin un sentido de culpa o vergüenza (v. gr. las que son motivadas por el altruismo)²⁸. Estas normas conducen y coaccionan la acción individual, incluso siendo generadas por grupos de interés o asociaciones con poder que penetran la esfera moral y afectan el comportamiento de los individuos²⁹.

b. Las vías de la propiedad

Podemos afirmar que «el derecho», con el intervencionismo definido al interior de la teoría económica y jurídica, se ha constituido en el principal modo de incentivar o disuadir la acción humana deliberada. Sin embargo, es claro que la iniciativa privada, marcada por la tendencia liberal a la empresarialidad (*entrepreneurship*), supera cualquier incentivo legal. Tal es el caso de la propiedad privada, de la cual podemos afirmar radicalmente³⁰ que es el principal sistema de incentivo de la acción humana en el mercado, en las normas y en la ley. Afirmamos lo anterior pues aseveramos que incluso sin la existencia del «derecho»³¹, por intermedio del desarrollo de un espontáneo orden humano³² se ha gestado un respeto normativo por la propiedad³³, el cuál, posteriormente, debido a un grupo de procesos jurídicos de legitimización estatal, se convirtió en un incentivo de tipo legal³⁴.

Como podemos entrever de las palabras anteriores, es posible distinguir entre la propiedad y los

-
- 24 Una referencia obligatoria para este punto es el texto de Mark Seidenfeld, *Microeconomic predicates to law and economics*. Anderson: Cincinnati, Ohio, 1998. Entiéndase que el efecto de la sanción no se refiere únicamente a la pena sino también al premio derivado de la acción sancionada.
- 25 Por ejemplo, en el Derecho de Familia colombiano las normas que regulan la asociación mediante contrato de matrimonio impiden que éste sea celebrado por personas del mismo género (Artículo 113 del Código Civil: en adelante C.C.). Esta prohibición, con todo, no impide que los efectos patrimoniales de la misma se ejecuten mediante otras formulas contractuales de asociación, pues los particulares pueden ejecutar cualquier tipo de contratos siempre que se cumplan las condiciones de existencia y validez, y, en este caso, que el objeto o la causa de dichos contratos no obre en contra de la ley, las buenas costumbres o el orden público (Artículo 1517 y 1524 del C.C.)
- 26 Vemos que el artículo 113 del C.C. no impide la asociación patrimonial sino la asociación mediante contrato de matrimonio, y por ello, dada la autonomía de las personas el efecto es el mismo. La legislación, al ser formulada, no previó que fuese posible que personas del mismo género se asociaran patrimonialmente por medio de acuerdos con similar objeto y causa a la del contrato de matrimonio. Por ello, como no se prohibió explícitamente el desarrollo de estas asociaciones, la conducta del agente será el desarrollo de otro tipo de asociación con similar objeto. Si ellas se hubieran prohibido, el efecto sería diferente, pues las asociaciones se darían «de hecho», de manera que no se tendría un régimen patrimonial común. Por otro lado, si se elimina la prohibición aumentaría el número de matrimonios entre personas del mismo género dado que existen un conjunto de beneficios legales que hacen más ventajoso a este contrato que a otros contratos con el mismo objeto. Ejemplo de estas ventajas son permitir ser sucesor en caso de muerte del cónyuge (1045 del C.C. Colombiano) o determinar el ser beneficiario de las prestaciones sociales establecidas en los regímenes del Derecho de la Seguridad Social.
- 27 Ibidem.
- 28 Siguiendo a Richard Posner, en: Posner, Richard. *Social norms and the law: An economic approach*. The American Economic Review, Vol. 87, No. 2, May, 1997, p. 365 y ss.
- 29 Ibidem, p. 367.
- 30 Michel Foucault en sus conferencias llamadas *La genealogía del racismo* y en su texto *el sujeto y el poder*, muestra el efecto que sobre la verdad tiene el poder, y con ello sobre las normas y la legislación.
- 31 Es decir desde su raíz.
- 32 En sentido Kelseniano.
- 33 Esta afirmación es extremadamente importante para el texto, por lo tanto vamos a desarrollarla más adelante. De cualquier modo, preferimos referir al lector a los textos de: Hayek, Friedrich Auguste von. *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Madrid: Unión, 1985; Friedman, David. *Law's order: What economics has to do with law and why it matters*. Princeton University Press, Princeton, 2000; Hope, Hans Herman. *A theory of socialism and capitalism*. Kluwer Academic Publishing, Norwell, Mass, 1990;
- 34 Lindbeck, Assar. *Incentives and social norms in household behavior*. The American Economic Review, Vol. 87, No. 2, May, 1997.
- 35 Posner. *Social norms...* Op. cit., p. 368.

derechos de propiedad. Siendo la propiedad un hecho, que no tiene ninguna consecuencia normativa, y los derechos de propiedad la manifestación normativa de aquel hecho. Podemos, del mismo modo, establecer dos sentidos a los derechos de propiedad: uno derivado del mercado y otro de la ley. A los derechos del primer sentido los llamaremos derechos de propiedad económicos y a los segundos los llamaremos derechos de propiedad legales. ¿Cuál es el fundamento ontológico de la anterior distinción? El fundamento ontológico de los derechos de propiedad se deriva de la definición del proceso genealógico de los mismos. La pregunta que resuelve la afirmación referente a los sentidos del derecho de propiedad es la cuestión por la anterioridad de la propiedad al Estado, al «derecho» en sentido kelseniano. Es decir, ¿son la propiedad y los derechos de propiedad anteriores al Estado? La respuesta es afirmativa en tanto que, bien entendida la propiedad, de ella podemos distinguir los derechos económicos de propiedad de los derechos legales de propiedad. La propiedad y los derechos económicos de propiedad son pre-estatales y paraestatales; los derechos legales de propiedad suponen necesariamente al Estado.

Carnelutti parecía entrever esta distinción al afirmar que la propiedad es un fenómeno económico antes que jurídico³⁵, pues no es derivado de sus propiedades jurídicas que se hace necesario el derecho de propiedad, sino debido a la necesidad de *ordenar* el intercambio de bienes escasos que se definen dichos derechos. En este sentido, se llama propiedad a aquella habilidad (mediada por la empresariedad), en términos esperados, de consumir o aprovecharse de los flujos de servicios procedentes de un bien directamente o mediante el intercambio³⁶. Los derechos económicos de propiedad son la expresión normativa que permite excluir a terceros de consumir o aprovecharse de los flujos de servicios procedentes de un bien directamente o mediante el intercambio. Por otro lado, son derechos legales de propiedad aquellas asignaciones de bienes a

personas constituidas por el Estado, es decir, los derechos legales de propiedad son «puestos» por el Estado y, para algunos autores, realzan los derechos económicos de propiedad.

Ahora, a diferencia del discernimiento que hacen los juristas modernos y los economistas contemporáneos, los derechos legales de propiedad no son condición suficiente ni necesaria para la existencia de la propiedad y los derechos económicos de propiedad. Tan es así que es posible identificar, incluso hoy - después de la metástasis del socialismo-, derechos de propiedad sin la precedencia de derechos legales de propiedad³⁷. Esta afirmación, que es evidente en Alchian³⁸, Ellickson³⁹, y Cheung⁴⁰, constituye el fundamento de la distinción frente a los sentidos de la propiedad, ya que ella instituye el fundamento de los derechos económicos de propiedad como ser independiente y no accesorio a los derechos legales de propiedad.

Siguiendo el proceso de razonamiento establecido por Locke, la propiedad, económicamente, surge independiente a cualquier ordenamiento jurídico positivo, pues es el hombre, con su trabajo, quien desarrolla un «derecho sobre la cosa» al ocuparla en su uso. Ahora bien, en el modelo de Locke el objeto de la ocupación, según sus observaciones, es la colonización⁴¹, por tanto, la apropiación no entra en conflicto con la acción de ocupación pues el Estado simplemente «pone» la propiedad mediante la legitimación de la apropiación. En este sentido, la obligación del Estado que para los liberales clásicos era además de garantizar la seguridad física proteger la propiedad privada⁴², tenía como principal aliciente incentivar la producción en el proceso de colonización⁴³.

Ahora bien, si Locke piensa la propiedad en relación con la colonización no está comprendiendo las derivaciones posibles de su razonamiento frente a una

35 Carnelutti, Francesco. *Cómo nace el derecho*. Temis, Bogotá, 2000, p. 11 y ss.

36 Barzel, Yoram. *Economic analysis of intellectual property rights. Political Economy of institutions and decisions*. Cambridge University Press, Melbourne, Australia, 1997, p. 4.

37 Véase: Ellickson, Robert. *Order without law*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1991.

El texto de Ellickson es magistral en dos sentidos: Primero, afirma como la mayoría de los libertarios contemporáneos que es posible tener normas sin legislación; y segundo, da un paso adelante pues encuentra que es innecesaria la legislación para el derecho, sino que el derecho es innecesario para el orden. Ellickson analiza el sistema de resolución de conflictos entre granjeros del condado de Shasta en California, y encuentra que para mucha gente el derecho se hace costoso, en tanto que el costo de aprendizaje y de acceso a los procedimientos formales de resolución de conflictos son tan altos, que algunas comunidades prefieren «retroceder» al sistema gobernado por el sentido común y normas informales. En este sentido, Ellickson asevera que dados tales costos de transacción, que el Estado intente remodelar las normas para que estas comunidades las adopten se hace un esfuerzo inocuo en tanto que estas de cualquier modo ignorarán el sistema. Así, altos costos de transacción frente al derecho y sus sistemas se constituyen en un incentivo para negociar conflictos frente a derechos de propiedad.

38 Alchian, Armen. *Some economics of property rights*. *Il Politico*, Vol. 30, No. 4, 1965.

39 *Ibidem*.

40 Cheung, Steven. *A theory of share tenancy*. Chicago University Press, Chicago, 1969.

41 Agradecemos esta aclaración al Dr. Oscar Guardiola-Rivera.

42 Cfr. Hegel, W.G.F., *Principios de la filosofía del derecho, o, derecho natural y ciencia política*. Barcelona: Edhasa, 1999; Locke, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Madrid: Alianza, 1990.

43 En Hume también podemos ver algunos elementos más elaborados sobre la cooperación.



genealogía y una ontología de la propiedad y los derechos de propiedad. Dijimos que los derechos de propiedad parecieran constituirse en dos sentidos, lo mismo no pasa con la propiedad pura y simple, la cual sólo responde a un sentido económico. En términos del derecho de propiedad, reiteramos que éste responde a dos sentidos, uno económico y uno legal. En el sentido económico de la propiedad el elemento fundamental es la habilidad de consumo y su relación con la posesión, donde la posesión es la expresión del consumo y la apropiación, mientras que el derecho económico de propiedad es su mecanismo de defensa o de auto-composición. Ahora bien, detrás de todo consumo existe una precondition para que emerja la propiedad, ésta es la escasez. Vamos a plantar, desde un punto de vista genealógico y ontológico el origen de la propiedad y los derechos económicos de propiedad.

i. El fundamento onto-genealógico de la propiedad y los derechos económicos y legales de propiedad

¿Por qué surge la propiedad? La respuesta es simple: es la reacción espontánea derivada de la interacción humana frente al problema de la escasez. El problema de la escasez ha sido manifestado y estudiado múltiples veces en el desarrollo de la teoría económica y, desde la modernidad, es el fundamento de la teoría económica del valor y la decisión racional pues, de no haber escasez de recursos⁴⁴, no precisaríamos de decidir deliberadamente⁴⁵.

Son Hume y Menger los principales pensadores que postularon el problema de la escasez a la base de todo problema económico. Para Hume, tal como lo muestra en su *Tratado sobre la naturaleza humana*⁴⁶, la escasez es la base y fundamento del Gobierno y la Justicia. Esto es así debido a que la condición natural de escasez, vista desde la perspectiva del sujeto con

sus necesidades naturales en contra de un ambiente inhóspito, es el perfecto antecedente y condición para el establecimiento de una sociedad⁴⁷. Así, establece Hume que:

«There are three different species of goods, which we are possessed of; the internal satisfaction of our mind, the external advantages of our body, and the enjoyment of such possessions as we have acquired by our industry and good fortune. We are perfectly secure in the enjoyment of the first. The second may be ravished from us, but can be of no advantage to him who deprives us of them. The last only are both exposed to be violence of others, and may be transferred without suffering any loss or alteration; while at the same time there is not a sufficient quantity of them to supply every one's desires and necessities. As the improvement, therefore, of these goods is chief advantage of society, so the instability of their possession, along with their scarcity, is the chief impediment»⁴⁸.

El objetivo de Hume, entonces, es mostrar que hay dos tipos de bienes que merecen protección, pero especialmente uno de ellos, es decir, el que proviene o hemos adquirido por nuestra industria o buena fortuna. Y es debido a este bien que, en aras de proteger el interés individual, es necesario un sistema de justicia que garantice la posesión de esos bienes externos que son adquiridos por la industria propia o por la fortuna⁴⁹. De este modo, como dice Xenos,

«Scarcity is thus a cause of society and the basis for government. Justice assumes the character of security for property rights in this scheme, which is to say that it is simply an extension of principles derived from the supposition of scarcity»⁵⁰.

44 Cuando se habla de escasez de recursos no nos referimos exclusivamente a factores de producción pues ello derivaría en que aún en presencia de no escasez habría la necesidad de alocar recursos de la mejor manera para la producción y el desarrollo. Ahora bien, el postulado de la escasez es un supuesto, pues la escasez es estrictamente subjetiva.

Desde una vía negativa podemos explicar la escasez con un ejemplo. Pensemos que de un momento a otro se genera una superabundancia de bananos, en la cual, mi consumo presente de bananos no reduce mi oferta y posible consumo futuro de bananos, ni la presente o la futura oferta y posible consumo de bananos cualquier otra persona. Esta no rivalidad, hace al concepto de propiedad superfluo, en tanto que la superabundancia, por el contrario de la escasez, no le genera a los sujetos ningún incentivo para la creación de mecanismos de exclusión que permitan garantizar su posesión y consumo (presente y futuro) de bananos. En este sentido, la propiedad surge de la posibilidad de conflicto entre preferencias individuales por los bananos, y sobre todo, de la rivalidad en el uso de los bananos.

Véase: Hope, Hans Herman. *A theory of socialism and capitalism*. Norwell, Mass. Kluwer Academia Publishers, 1988. Agreguemos lo siguiente al concepto de escasez: ella pervive de tal manera que incluso se manifiesta en el cuerpo y en tiempo. En el cuerpo pues este se aminora con la edad en su salud y energía; y en el tiempo en tanto que en la búsqueda de un objetivo X requiero alocar tiempo que no alocaré frente al objetivo Y, lo cual hace subjetivamente escaso también al tiempo.

Agradecemos la sugerencia de incluir la anterior aclaración a Fernando Ramírez Laguardo.

45 Menger, Carl. *Principios de economía política*. Madrid: Orbis, 1989.

46 Hume, David. *Tratado sobre la naturaleza humana*. Madrid: Orbis, 1984.

47 Xenos, Nicholas. *Liberalism and the postulate of scarcity*. *Political theory*, Vol. 15, No. 2, Mayo, 1987, p. 228.

48 *Ibidem*, p. 228.

49 *Ibidem*, p. 229.

50 *Ibidem*.

Aunque es un supuesto falaz que la escasez sea la base del Gobierno, pues supone una petición de principio en la que se asume la necesidad de un tercero para administrar y distribuir los títulos de propiedad, es claro que para Hume la escasez y los derechos de propiedad tienen una relación directa, sin ella no se justificaría la propiedad, pues de no haber estos no podría existir estabilidad en el sistema de intercambio. Así, sin reconocimiento de la propiedad y los derechos derivados de ella, no se generaría un incentivo para la ocupación de los bienes que por mi industria o azar adquiero.

La posición de Carl Menger, aunque concluye de modo idéntico a Hume llega a sus conclusiones sobre

la propiedad con una argumentación más feliz. Menger en sus *Principios de economía política* puntualiza sus indagaciones sobre la escasez y la propiedad en términos económicos, al decir que sólo se pueden llamar bienes económicos a aquellos que presentan cantidades insuficientes para satisfacer la ‘necesidad social’ de ellos. De este modo, sólo los bienes económicos, los bienes escasos en su oferta, son objeto de acción humana sistemática⁵¹. En este sentido, para Menger, sólo los sujetos que economizan saben que

deben satisfacer primero *los deseos* más importantes para ellos. El papel de los sujetos frente a los bienes es la búsqueda de aquellos que les entregan los medios para satisfacer deseos futuros o la satisfacción de los deseos de cada día⁵², por ello, «la propiedad y el orden legal que la asegura es, entonces, una institución atada al concepto de bien económico»⁵³.

La escasez, como vemos, es un concepto económico moderno que pretendió y pretende ser

“La escasez, como vemos, es un concepto económico moderno que pretendió y pretende ser fundamento de la economía, pues aquella se muestra ante la posibilidad de los diferentes usos que para diferentes personas puede tener un bien.”

fundamento de la economía, pues aquella se muestra ante la posibilidad de los diferentes usos que para diferentes personas puede tener un bien⁵⁴ y cómo esos usos pueden ser incompatibles por ser rivales desde el punto de vista subjetivo. Justamente, la insuficiente cantidad de oferta de cierto bien hace que éste no pueda satisfacer a todos aquellos que constituyen al bien en objeto de deseo (y a ellos en sujetos de deseo)⁵⁵. El problema es enteramente subjetivo, pues depende de las preferencias y los deseos atados a «usos» de un bien con oferta limitada debido a la naturaleza de la cosa. La escasez pone a los agentes en un escenario de elección entre usos alternativos para un mismo bien, una vez elegido el uso (que puede provenir del deseo), éste se restringe a las preferencias subjetivas del agente

que ocupa el bien haciéndolo exclusivo, para con ello evitar conflictos con los usos alternativos que otros pueden imponer⁵⁶.

Podemos refrescar lo dicho previamente sobre la escasez y los derechos de propiedad acudiendo a la siguiente cita:

«Only because scarcity exists is there even a problem of formulating moral laws; insofar as goods are superabundant («free» goods), no conflict over the use of goods is

possible and no action-coordination is needed. Hence, it follows that any ethic, correctly conceived, must be formulated as a theory of property, i.e., a theory of the assignment of rights of exclusive control over scarce means. Because only then does it become possible to avoid otherwise inescapable and unresolvable conflict»⁵⁷.

En síntesis, la escasez es base del problema económico y de la acción humana deliberada, y por ello,

51 Menger, Carl. Principios de economía política. Madrid: Orbis, 1989.

52 Ibidem, p. 235.

53 Lo cual indica o nos presenta las primeras intuiciones sobre los derechos de propiedad sobre bienes que, por su naturaleza económica, no son escasos.

54 Mackaay, E. Economic... Op. cit., p. 873.

55 Ricoeur, Paul. Finitud y Culpabilidad.

56 Mackaay describe el problema de la escasez y la subjetividad por intermedio de la película los dioses deben estar locos (The Gods Must Be Crazy - Director Jaime U'ys). En el film se ilustra a una tribu que vive en el desierto del Kalahari. Las costumbres de estos permitían a la tribu vivir en paz y con suficiencia sólo por intermedio de lo que encontraban en su hábitat natural. Esta abundancia era proveniente de la generosidad de los dioses quienes no les dejaban de proveer con todo lo que necesitaban. Un día, con el paso de un avión comercial, la tribu vio cuestionados sus ancestrales costumbres cuando del avión cayó una botella de Coca Cola. Este regalo de los dioses fue inmediatamente usado por todos los miembros de la tribu quienes encontraron diferentes, excluyentes y alternativos usos a la botella. Desde juegos hasta labores domésticas que se facilitaban por la dureza del objeto, hicieron que se generara conflicto entre los miembros de la tribu, para la cual el conflicto era desconocido. Por esto, los miembros de la tribu encontraron como única justificación que los dioses debían estar molestos con ellos y por ello enviaron ese elemento de discordia. Es este ejemplo un modo de explicar la escasez, pues para los miembros de la tribu todos los bienes son no-económicos, en términos de Menger, ya que pueden satisfacer sus apetitos a su voluntad debido a la abundancia. Sin embargo, la botella era un bien económico, era lo único escaso. Tenía múltiples usos, y sólo uno podía usarlo al mismo tiempo. Así, la tribu entra en un problema de elección, el cual se resume es una manifestación de voluntad que indique una regla que defina el uso óptimo de la botella. La tribu, sin embargo, decide, al modo socialista, evitar el problema de la elección y acaba con el problema de raíz al enviar uno de sus viejos a acabar con la botella.

57 Hope, Hans Herman. A theory of Socialism and Capitalism. Kluwer Academic Publishers: Boston, 1989.



el modo más eficiente de solucionar dichas dificultades es por medio de los derechos de propiedad. Ellos tienen la función de prevenir el conflicto interpersonal sobre bienes escasos con la apropiación de todos los posibles flujos de servicios de un bien. En este sentido, la propiedad y los derechos de propiedad en su vía económica, tienen como derrotero el reconocimiento de la rivalidad de los bienes debido al uso y al deseo y la potencialidad de quien se ha apropiado de ellos de excluir a terceros del uso del bien. A esta escasez la hemos venido llamando rivalidad, la cual proveniente del deseo, es anterior al Estado e incluso paralela a él dado que surge y pervive en su ausencia.

Siguiendo lo dicho arriba, la propiedad derivada de la apropiación y el intercambio de los flujos de servicios que se constituyen en objeto de deseo hacen al bien rival, en tanto parten de las preferencias subjetivas del grupo. La rivalidad es la expresión de la escasez, y por ello del valor, que subjetivamente procede del deseo⁵⁸. El derecho de propiedad surge como un concepto normativo, designado como un mecanismo que hace posible la interacción/cooperación humana mediante la estipulación de normas de respeto por la apropiación. Y tan es un concepto normativo que de no haber otros con quien interactuar, el hombre tendría cualquier tipo de problemas menos problemas económicos. Es un concepto normativo pues, en sentido económico, responde al respeto a dicha apropiación originaria o derivada del bien por parte de otros.

Podemos afirmar que la propiedad es el mejor descriptor de los incentivos individuales y grupales del sistema económico y a su vez, el derecho de propiedad es el mejor sistema de resolución de conflictos derivados de la posesión y apropiación de los flujos derivados de bienes. Ahora, el objetivo de los derechos de propiedad sobre los bienes no sólo es eliminar el problema de la rivalidad y la escasez, es también permitir la definición de mecanismos que permitan asignar exclusividad en la explotación del bien. Es decir, permitir que desde un punto de vista normativo que aquel que hace uso del bien - que puede ser objeto de apropiación - tenga la capacidad de excluir a terceros del uso y fruto de los flujos del bien. En ello radica el incentivo que genera la propiedad y los derechos de propiedad: en que el sujeto puede aprovecharse del bien y, en caso de ver amenazado el uso del bien, pueden definir mecanismos de auto composición ante el conflicto.

Siguiendo a Menger, podemos afirmar que el bien es económico únicamente cuando le muestra al sujeto que la apropiación del bien y sus flujos o su intercambio, son posibles en tanto el bien se hace rival y a su vez puede excluir a otros del uso del bien, haciendo un mínimo sacrificio. Estos sacrificios podemos tildarlos de costos de la exclusividad. Aquí podemos afirmar, al igual que con la rivalidad que la misma no se deriva del bien, sino de la empresariedad del sujeto para garantizar la exclusividad de la apropiación de los flujos del bien. Es decir, los derechos económicos de propiedad también imponen al sujeto una norma de apropiación que le guía en la consecución de sus fines.

Podemos concluir preliminarmente del siguiente modo: la propiedad y los derechos económicos de propiedad surgen espontáneamente, sin diseño humano, como un mecanismo para afrontar el problema de la escasez y la rivalidad de usos alternativos de los bienes. La propiedad se expresa mediante la apropiación que, en últimas, es el hecho por virtud del cual una persona accede al bien en su uso y flujo de servicios alternativos. Del mismo modo, los derechos económicos de propiedad surgen como un elemento normativo, más moral que jurídico, que permite al titular defender su titularidad (por ejemplo mediante barreras) y un mecanismo que hace posible la interacción/cooperación humana mediante la estipulación de normas de respeto por tal apropiación.

ii. Estructura de los derechos legales de propiedad

Ya tocamos el tema de los incentivos y su relación con la propiedad, y concluimos que ella es tanto un incentivo de mercado, que procede de la consideración económica de lo que constituye la apropiación como un incentivo normativo. De nuevo, nos falta resolver la pregunta ¿qué son los derechos legales de propiedad? Tal como los definen Furubothn y Richter⁵⁹ y tomando apartes de la definición de Merryman⁶⁰ los derechos legales de propiedad son títulos frente a, o asignaciones de, objetos que buscan garantizar al titular de la asignación el poder de apropiación que puede ejercer sobre dicho objeto y la exclusividad en frente de los demás. Vamos a determinar el alcance de esta definición para determinar profundamente que son los derechos de propiedad para el sistema legal jurídico.

58 Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. Siglo XXI Editores, México, 1999.

59 Furubothn y Richter. *Op. cit.*, p. 75.

60 Merryman, J.H. *The civil law tradition: An introduction to the legal system of Western Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1985.

Cuando los autores citados dicen que los derechos de propiedad son asignaciones de objetos, están haciendo referencia al postulado del liberalismo de Locke, quien en su *segundo tratado sobre el Gobierno Civil*⁶¹ estableció que el principal fin del Estado y del Gobierno es la preservación de la propiedad. Precisamente, según los postulados de Estado de Derecho o *the rule of law* en la doctrina Anglosajona, el Estado es el único con el poder para definir y asignar derechos y dichas asignaciones deben hacerse conforme a las normas y procedimientos por él definidas. En consecuencia, al establecer que un derecho de propiedad es una asignación de objetos, se dice simplemente que, por el cumplimiento de unos procedimientos definidos por la ley cualquier persona puede ser considerada como titular de un derecho sobre un objeto enfrente de los demás, siempre que cumpla con aquellos requisitos.

Ahora bien, los autores dicen que la función de los derechos (legales) de propiedad es «garantizan al titular de la asignación un poder que él puede ejercer sobre dicho objeto en contra de los demás», con lo anterior están estableciendo que el derecho legal de propiedad concede un poder tal que transgredirlo implica sanción. Los derechos legales de propiedad son, por tanto, mecanismos que buscan garantizar la exclusividad. Así, en nuestra legislación el poder que entrega la ley incluye la aptitud de persecución y de preferencia del titular frente al bien. La persecución implica que el titular de la asignación, hecha por el Estado, puede perseguir el bien en manos de quien esté, es decir, puede reivindicar la posesión de la cosa; la preferencia implica que el titular del derecho de propiedad sobre la cosa se prefiere a cualquier otro en caso de haber disputa sobre la tenencia del bien. Podemos ver entonces, que los derechos legales de propiedad buscan garantizar dos poderes que disminuyen costos al poseedor del bien debido a que eliminan la necesidad de generar mecanismos que garanticen la exclusividad. Así, son derechos complejos, pues conceden un conjunto de poderes/aptitudes que garantizan y de modo superficial al agente la titularidad y dominio sobre dicho objeto, pero ello no necesariamente constituye económicamente a la propiedad ni a los derechos derivados de ella.

Una vez hemos establecido un pequeño esbozo sobre la justificación y la teoría referida a lo que se entiende por derechos económicos y legales de propiedad y, del mismo modo, hemos concluido que la

propiedad económicamente puede ser entendida como una solución al problema de la escasez, vamos ahora a estudiar la estructura general de los derechos de propiedad. Esta estructura puede ser resumida en un conjunto de caracteres, como lo son la exclusividad y la posibilidad de transferencia.

La exclusividad, desde nuestra perspectiva, es una característica propia de los derechos legales de propiedad más no de los bienes que frente a un sujeto estén limitados por dicho derecho. La excluibilidad, por otro lado, es una característica del bien como bien desde el punto de vista del consumo. En este sentido, el derecho exclusivo sobre la cosa, de suyo, excluye a terceros del uso de las prerrogativas que concede el bien⁶².

Ahora bien, siguiendo las enseñanzas de Landes y Becker⁶³, los individuos derivan la utilidad de los bienes no a partir del bien en sí, sino de un conjunto de atributos presentes en dicho bien o de las diferentes actividades que se prestan con un servicio. Esta reflexión es patente en nuestra legislación referente al derecho civil de los bienes desde la publicación del Código Civil de Bello. Como sabemos, los derechos de propiedad sobre un objeto en la tradición Romano-Germánica, conceden al titular privilegios subsidiarios, estos son el privilegio de uso o *ius utendi*, el privilegio al fruto o *ius fruendi* y el privilegio de disposición o *ius abutendi*. El primero, concede al titular el derecho al uso del bien, su uso es, según la legislación, el uso connatural con las funciones del objeto. El derecho al fruto, consiste en la posibilidad de percibir rentas de todo tipo provenientes del objeto. Y el derecho de disposición, permite al titular el manejo y enajenación de la cosa. Dado que estos tres derechos le dan valor al bien, es posible, económicamente, determinar una función matemática de asignación de valor del derecho de propiedad sobre un bien según los flujos de servicios del mismo. Esta función es útil, en tanto que permite ver que los derechos de propiedad no son solamente un poder jurídico, ellos también indican un poder económico pues reflejan el precio de un activo por intermedio de los flujos de servicios de dicho activo en el mercado⁶⁴.

Siguiendo a Thoumi, una posible función para determinar este valor es la siguiente:

$$VP = \int_0^{\infty} [f(t)p(t) - g(t)h(t)] e^{-rt} dt$$

61 Cf. Locke, Op. cit.

62 Mackaay, E. Economic...Op. cit., p. 875.

63 Becker, G. A theory of the allocation of time. Economic Journal, No. 75, September, 1965. Lancaster, K. J. A new approach to consumer theory. Journal of political economy, No. 74, Abril, 1966. Citados por: Mercurio, Nicholas y Medema. Economics of the law. Princeton, Princeton University press, 1998.

64 Thoumi, Francisco. Derechos de propiedad en Colombia: Debilidad, ilegitimidad y algunas implicaciones económicas. Cuadernos Ocasionales. Bogotá: Universidad de los Andes, 1996.



(1) Donde VP es el valor presente del bien, t es el tiempo, $f(t)$ es el flujo de servicios generados por el activo, $p(t)$ es el precio de dicho flujo, $g(t)$ son los insumos asociados con la producción de $f(t)$, $h(t)$ son los precios de tales insumos, y r es la tasa de descuento.

Esta función, según Thoumi, nos permite ver claramente dos de los tres componentes del derecho de propiedad, en donde el *ius utendi* se refleja en el $f(t)$, el derecho al fruto, o *ius fruendi*, esto es el derecho a recibir un flujo de ingresos dado por $f(t)p(t)$ o $g(t)h(t)$; el derecho de disposición es el derecho a enajenar el activo obteniendo VP en una venta, o perdiendo VP en un donación, etc. Con este último punto no estamos de acuerdo, pues muestra desconocimiento del sistema legal Colombiano, el cual permite, a una persona transmitir separadamente el derecho al uso, el derecho al fruto y el derecho de disposición, de manera que el valor de cada uno de ellos es independiente y, por tanto, el poder de disposición también debe incluirse en la función⁶⁵. Así, creemos que la función podría plantearse de la siguiente manera:

$$VP \int_0^T \left[\int_0^t n(t) \right] \left[f(t)p(t) \right] \left[g(t)h(t) \right] e^{-rt} dt$$

(1.1) Donde agregamos la variable $n(t)$ que determina el valor intrínseco del bien en que se recae por disponer o no de la nuda propiedad o el derecho de disposición separado de los demás derechos. Entonces, podremos determinar el valor del simple uso, el valor del uso y el fruto, el valor del uso y la disposición y demás combinaciones posibles. Esto nos permite aproximarnos más a la realidad de los derechos reales.

¿Cuál es la utilidad de plantear esta función? Permite identificar la estructura que tradicionalmente es considerada para estudiar el efecto de las políticas públicas sobre los derechos de propiedad, sea que estas recaigan sobre $f(t)$, $p(t)$, $h(t)$, $g(t)$ o $n(t)$. A su vez, nos permite identificar los costos de transacción intrínsecos a la propiedad. Por ejemplo, en $g(t)$ es posible incluir los servicios de un abogado el cual se encarga del desarrollo de los tramites de transmisión jurídica del bien y el cual cobra, una cantidad x por unidad de tiempo, $h(t)$.

Lo anterior permite analizar mejor el valor del activo y detenernos en el real valor e incidencia de la estructura jurídica de la propiedad en el desarrollo de los incentivos a producir. La razón es simple, la unión de los privilegios que el derecho de propiedad concede a su titular, como lo son el modo de usar el recurso y el flujo de réditos del mismo, definen un mayor valor del bien si su uso permite un mayor rédito impulsando así la titularidad de derechos exclusivos sobre cosas. Del mismo modo, la alienabilidad de la cosa, impulsa aún más a la definición de derechos de propiedad, debido al efecto relativo de la «información»⁶⁶ sobre el valor esperado de los diferentes usos y sus potenciales rendimientos, permitiendo al propietario comparar entre los rendimientos de los diferentes usos, sus costos y lucros. Es este efecto el que permite la alienabilidad, la cual es condición previa del intercambio y del comercio⁶⁷.

Entonces, la propiedad incentiva al «propietario» a tomar todo tipo de acciones que incrementen el valor del bien sujeto a propiedad⁶⁸, de manera que la empresariedad de cada propietario se refiere a la posibilidad de incrementar $f(t)$ teniendo en cuenta $p(t)$, haciendo que $f(t)p(t) \geq g(t)h(t)$. La razón está en el problema de maximización individual, pues donde quiera que los individuos perciban que ciertas acciones, , incrementarían el valor de sus bienes, VP , ellos llevarán a cabo o tendrán en cuenta el flujo de servicios que tales acciones implica y los réditos adicionales que conlleva como un incentivo a desarrollar y proteger su derecho sobre el bien⁶⁹.

Surge una pregunta: si existe un incentivo a generar derechos exclusivos sobre cosas ¿por qué podemos observar bienes comunes o bienes sin un titular? La respuesta no es sencilla, pues es evidente que no siempre podemos ver bienes con derechos de propiedad debidamente especificados y definidos. Con todo, la razón yace en los costos de definición. Es claro que el costo de delimitar o hacer exclusivo un bien no siempre implica un rédito, hay bienes cuyos costos para el establecimiento y la protección de los derechos legales termina siendo mayores que los réditos que entrega el bien a la sociedad⁷⁰. Así, en términos de derechos económicos de propiedad, los individuos o grupos de

65 Código Civil y legislación complementaria. Artículo 823 y ss. Bogotá: Editorial Legis. 2002.

66 Mackaay, E. Economic...Op. cit., p. 876.

67 Ibidem

68 Barzel, Yoram. Economic analysis of property rights. Cambridge University Press: Cambridge, Mass. 1999. p. 3.

69 Ibidem. p. 10

70 Hay bienes que, a pesar de no entregar un rendimiento, el valor subjetivo asignado por el agente a la nuda propiedad es muy alto. Por ejemplo, algunas obras de arte.

individuos asumirán estos costos, cuando los beneficios esperados por la definición o el cambio de los derechos de propiedad sean mayores que los costos de definición⁷¹. Precisamente, aun cuando los bienes comunales generan pérdidas sociales por la falta de definición de los derechos de propiedad, es mayor el costo de definir dichos derechos que el costo por la ausencia de definición. Si no existieran costos de transacción por definición, la negociación de los mismos sería un hecho, debido a que los agentes maximizarían los beneficios de la explotación. La conclusión que deja este análisis es que altos costos de transacción referidos a los flujos de servicios del bien y los costos de la exclusividad, pueden impedir la realización de las ganancias que la definición de los derechos de propiedad conlleva.

Los derechos legales de propiedad, no indican nada más que un «reconocimiento» que hace un tercero llamado Estado, en cabeza del cual está «concentrado» el poder político. La propiedad entonces deja de ser, desde el punto de vista legal un derecho para constituirse en un privilegio, en tanto que el Estado, distribuye y divide la propiedad mediante títulos. La falacia que introduce el Estado es la supuesta necesidad de derechos legales de propiedad para la constitución de la apropiación. Como vimos, la propiedad, como derecho legal, no se constituye en razón necesaria ni suficiente para el surgimiento y la definición de derechos económicos de propiedad.

Para continuar nuestro análisis, vamos ahora a estudiar lo comúnmente dicho por la doctrina económica neo-clásica referente a la propiedad en el modelo de las fallas del mercado. Vamos a estudiar inicialmente la doctrina tradicional, para luego hacer una crítica a dicho modelo.

c. Las fallas de mercado y la propiedad

i. Origen de la teoría de las fallas del mercado

Que los bienes sean exclusivos garantiza la protección del derecho de propiedad y la producción sin embargo, como lo resaltamos en el aparte anterior, no todos los bienes son/pueden ser objeto del derecho de propiedad y esto se deriva del costo de exclusividad, el cual se entiende en la función de valor presente como un costo de producción, donde el producto es el fruto del bien. En este punto se detecta lo que tradicionalmente en economía llamamos una falla del mercado, debido a que no se presentan las condiciones de mercados perfectamente competitivos.

El modelo de las fallas del mercado parte del concepto del mercado competitivo desarrollado por Leon Walras⁷². Para este autor los mercados perfectamente competitivos se caracterizan por varios supuestos que pueden ser reagrupados en tres características generales de los mercados de competencia perfecta⁷³. Estas características son:

1. Los agentes del mercado maximizan, son tomadores de precios y no hay barreras de entrada o salida del mercado. Esto quiere decir que ninguno de ellos tiene la capacidad o el poder de, por sí sólo, influenciar los precios del mercado sea por intermedio de las cantidades producidas o de la variación del número de agentes.
2. Los bienes y servicios transados en el mercado son homogéneos, están en sometidos a la propiedad privada y los derechos de propiedad son garantizados por el Estado. Cuando se dice que el bien es homogéneo se busca es analizar los bienes de un mercado particular para que puedan ser sujetos a operaciones de adición. Así pues, aun cuando sean bienes sustitutos, no es posible sumar peras con manzanas a menos que estemos mirando el mercado agregado de las frutas. Los derechos de propiedad y su garantía permiten que la asignación de bienes y servicios el mercado se maneje de forma eficiente.

71 Mercurio y Medema, Op. cit. p. 134.

72 Cfr. Walras, Leon, Op. cit.

73 En términos de las condiciones matemáticas del equilibrio general competitivo, para que haya equilibrio, es necesario que el Beneficio Marginal Social (BMgS) sea igual al Costo Marginal Social (CMgS). Para llegar a esta condición, previamente debemos establecer otras condiciones de equilibrio. Así, el BMgS debe ser igual al Beneficio Marginal Privado (BMgP), esto quiere decir que un incremento en el beneficio de la sociedad por una transacción no es diferente del incremento en el beneficio privado de una transacción. Así, no hay externalidades positivas o negativas en el consumo. Este BMgP debe ser igual al Precio del Producto (P), es decir, que el precio que un individuo paga por una cierta cantidad de un bien específico es exactamente igual al beneficio marginal de la última unidad adquirida. La siguiente condición dice que P es igual al Costo Marginal Privado (CMgP), es decir que el precio de mercado es igual al costo marginal privado de producir dicho bien. Por último, la condición que equilibra el sistema dice que, el CMgP es igual al CMgS, de manera que un incremento en el costo privado de una firma en la producción de un producto no es en nada diferente del incremento en el costo que incurre la sociedad. Así, no hay externalidades negativas en la producción.



3. La información de los participantes en el mercado es simétrica y completa y, por ello, cada uno de los agentes posee previsión perfecta. Esto quiere decir que, en el mercado ninguno de los agentes tiene más información que otro, de manera tal que cada uno conoce que saben los demás y los demás saben que cada uno de los participantes del mercado conoce lo que los demás saben, de modo que todos saben que cada uno conoce que ellos conocen los que los demás saben y viceversa. Teniendo claro que nadie tiene ventajas en la información, podemos deducir que todos tienen la capacidad de prevenir perfectamente el comportamiento de los demás, de manera tal que es posible determinar para todos previamente cuál será el efecto de la acción de cada agente.

Así pues, teniendo en cuenta estos supuestos, podemos decir, siguiendo a la teoría neoclásica que las fallas del mercado se presentan cuando no funciona o se genera alguna ineficiencia en el desarrollo de alguno de estos supuestos. Entonces, podemos identificar fallas del mercado en relación con los agentes, los precios, los bienes y servicios, y la información del mercado⁷⁴. Para nuestro análisis de la propiedad la economía neoclásica ha definido un tipo de falla del mercado que se refiere a nuestro objeto de estudio, esto es las externalidades.

ii. Las externalidades como falla del mercado

Las externalidades son uno de los principales problemas de ineficiencia en el desarrollo de mercados competitivos. Esto es, porque ellas se refieren a un bien que un agente económico suministra a otro sin que exista ningún tipo de transacción económica directa entre ellos y el cual afecta positiva o negativamente su función de beneficio o utilidad⁷⁵. Así, una externalidad está presente cuando las acciones de un agente

económico afectan el entorno de otro agente. De ese modo, una externalidad indica un tipo de relación de *no mercado* en la que un agente no puede elegir si incluir o no cierto bien o servicio en su canasta de bienes o en su función de producción⁷⁶; ésta intromisión en la elección indica que los derechos de propiedad no funcionan apropiadamente, y además, no logran la función de incentivo de la producción e información.

Cuando decimos que una externalidad afecta el entorno de otro agente, los decimos en dos sentidos, en primer lugar, en sentido positivo, cuando las acciones del tercero conceden un beneficio adicional en la producción o una utilidad mayor en el consumo; En segundo lugar, en sentido negativo, cuando la acción del agente afecta las posibilidades de producción del agente pues las reduce o las hace más costosas o porque disminuye la utilidad del agente que recibe dicha

externalidad. A las externalidades en sentido positivo, generalmente se les clasifica como bienes públicos y a las externalidades en sentido negativo se les llama externalidades negativas. En este texto, las externalidades que nos importan son las externalidades positivas que se derivan en bienes públicos.

Los bienes públicos son externalidades positivas que benefician a un amplio número de personas. Dado que cada unidad de dichos bienes beneficia a tantas personas, la teoría económica de los precios ha concluido que no hay un

incentivo directo a pagar por el bien. Esto es debido a que las características estáticas del uso, esto es, la «rivalidad» y la «excluibilidad» de los bienes con respecto al consumo, no se presentan en los bienes públicos. Así, un bien es *rival* si su consumo por parte de un individuo reduce la cantidad de dicho bien que pueden disponer los demás consumidores. A su vez, es *no rival* si su consumo por parte de un individuo *no* reduce la cantidad de que pueden disponer los demás. Por otro lado, un bien es *excluíble* si es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona. Asimismo, es *no excluíble* si no es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona⁷⁷.

“La información de los participantes en el mercado es simétrica y completa y, por ello, cada uno de los agentes posee previsión perfecta.”

74 Márquez Escobar, Pablo. Introducción a la relación entre derecho y economía. Ensayos del Centro de Estudios en Derecho y Economía. Colección Centros de Estudio. No. 1. JAVEGRAF: Bogotá, 2004.

75 Spulber, Daniel. Regulation and markets. Cambridge, Massachusetts: The MIT, 1989.

76 Varian, Hal. Microeconomía intermedia. Madrid: Antoni Bosch, 2001. p. 579 y ss.

77 Varian Hal. Análisis.... op. cit., p. 507 y ss.

Entonces es un bien público aquel que es *no excluible* y *no rival*, es decir, su consumo por parte de un individuo *no* reduce la cantidad de que pueden disponer los demás y, además, *no* es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona. Un ejemplo simple de un bien público es la «luz solar», pues la cantidad de luz emitida por el sol⁷⁸, en una determinada área es fija, así de modo que cualquiera puede consumir la misma cantidad que otra y la cantidad que consume una de ellas no afecta a la cantidad de la que puede disponer la otra⁷⁹, lo que hace al bien *no rival*.

Los bienes privados puros, por su parte, son aquellos que son rivales y excluibles, como por ejemplo una manzana, pues su consumo por parte de un individuo reduce la cantidad de que pueden disponer los demás y, además, el consumo hace fungible el bien, de manera que se excluye de su consumo por lo menos a una persona. Aun así, existen otros bienes denominados públicos intermedios, pues pueden ser no rivales pero son excluyentes, como la televisión privada o por cable, dado que su consumo no reduce el consumo de los demás pero sólo puede consumirlo aquel que tenga acceso al pago de la renta por el decodificador⁸⁰. A su vez, el bien puede ser rival pero no excluyente, es decir, su consumo reduce el consumo de los demás pero puede consumirlo cualquiera, pues su uso por parte de uno no acaba con la potencialidad de uso por parte de otros. Como ejemplo puede ser una laguna, éste no se extingue por el uso de mucha gente, pero puede llegar un punto en que esté tan abarrotada de personas que nadie más pueda usarla en ese momento.

Una vez hemos aclarado la naturaleza de los bienes públicos, nos podemos preguntar ¿es eficiente producir de modo privado un bien público? La respuesta de la economía neoclásica es no. No es eficiente puesto que se presenta el fenómeno del *free rider*. Un *free rider* es un agente oportunista que observa que otro agente adquiere el bien no rival y debido a que dicho bien es no excluyente, no asume ningún costo para adquirirlo. Inclusive, la teoría económica supone que no tiene ningún incentivo para adquirir dicho bien. De ese modo, la conclusión a la que llega el *main stream* de la economía

es que no es posible desarrollar un sistema de provisión privada de bienes públicos, debido a que con producir un bien de carácter público, muchos se verían beneficiados y no habría incentivos a la producción ni al consumo. Sin embargo, algunos economistas⁸¹ han definido esquemas que permitirían solucionar el problema de la provisión privada de bienes públicos por intermedio de esquemas contractuales simples que veremos más adelante.

d. El reconocimiento legal de los derechos de propiedad

Partiendo de la distinción ya enunciada, los derechos de propiedad legales son aquellos derechos sobre cosas que son reconocidos y protegidos por el Estado⁸², sea mediante el poder judicial o mediante la decisión de una autoridad política. Los derechos de propiedad de tipo económico, se refieren a «la habilidad individual, en términos esperados, de consumir un bien (o los servicios de dicho bien) directamente o consumirlos indirectamente a través del intercambio»⁸³. ¿Qué hace que un derecho de propiedad económico tenga un reconocimiento legal? ¿Qué diferencia hay entre otro tipo de habilidades individuales o privilegios otorgados por el Estado y los derechos de propiedad?

Respecto del reconocimiento legal de los derechos de propiedad, la teoría económica y política ha enunciado que el reconocimiento legal de los derechos de propiedad implica cierta intervención de un tercero, el cuál desarrolla un proceso de intercambio en el que el tercero, provee de defensa y justicia a la sociedad recibiendo a cambio ciertos réditos proveídos por el conglomerado⁸⁴. La teoría política contemporánea, poco crítica ante este postulado del liberalismo clásico, supone que tener «una única suprema autoridad sobre un territorio ha probado ser superior a las alternativas»⁸⁵. Aunque esta afirmación es fácilmente cuestionable⁸⁶, se ha asentado en la teoría contemporánea del Estado, y por ello establecer que el reconocimiento y/o asignación que hace el Estado de los derechos económicos de propiedad es definir estos como derechos legales de propiedad.

78. Ahora bien, en un contexto dinámico, la empresa y el ingenio humano aunado al desarrollo de nuevas tecnologías permiten la generación de mecanismos de exclusión de este tipo de bienes. Por ejemplo, en la serie de televisión «los Simpsons», el señor Berns para monopolizar el manejo de la energía en Springfield construyó una maquina que permitía bloquear la llegada de luz solar al pueblo. De este modo hizo excluible un bien que parecía tener la naturaleza de no excluible y no rival.

79. *Ibidem*.

80. THE ECONOMIST. Markets for ideas. International Edition, April 14th 2001, p. 72.

81. Rothbard, Murray. The ethics of liberty (1982) En: <http://www.mises.org>.

82. Barzel, Yoram. Op. cit., p. 4.

83. *Ibidem*, p. 3.

84. Makaay, Op. cit., p. 886.

85. *Ibidem*.

86. Véase: Barzel, Yoram. Economic analysis of property rights. Cambridge University Press: Cambridge, Mass. 1999; Rothbard, Murray, The anatomy of the State. En: <http://www.mises.org>; Rothbard, Murray. The ethics of liberty (1982) En: <http://www.mises.org>.



Ahora bien, el Estado no reconoce únicamente derechos de propiedad, también reconoce otro tipo de privilegios, los cuales se constituyen en permisos de explotación que la autoridad estatal concede a los agentes con el fin de desarrollar cierta actividad. Usualmente, dichos derechos de explotación se constituyen en monopolios, los cuales afectan estrictamente la entrada de oferentes al mercado, debido a que dichos privilegios no son transferibles e imponen restricciones de uso. Un ejemplo claro es las licencias de prestación del servicio público de transporte de pasajeros. Estas licencias impiden el acceso al mercado de nuevos transportistas, y dan una especie de monopolio a los titulares de tal privilegio, sin que tal privilegio sea transferible e imponiendo las limitaciones de uso en términos de rutas y precios por el servicio.

¿Qué efecto económico genera tal monopolio concedido por el Estado? En primer lugar impide el acceso a mercados e infla los precios. En segundo lugar, impide el proceso de creatividad empresarial, pues, una vez concedido el permiso, el transportador no tendrá un incentivo de acción para incrementar sus utilidades, ya que no tiene competencia. Y en tercer lugar, genera un incentivo de parte del productor a disminuir la calidad de su producto debido a la ausencia de competencia o la invariabilidad de la misma, a diferencia de la propiedad que genera el incentivo contrario. Lo anterior nos indica que la injerencia del Estado en las actividades económicas, no necesariamente redundan en beneficios, dado que hay «espacios» en los que establecer límites a la iniciativa empresarial privada y junto a ello la concesión de privilegios de explotación impide el funcionamiento del mercado y, en lugar de generar beneficios sociales, redundan en constreñimientos al lucro derivado del libre mercado.

2. Incentivos, Información y Propiedad

Una vez hemos explicado qué se entiende por propiedad y las diversas maneras de comprenderla como un incentivo, vamos a centrarnos en el estudio de la información como bien económico, para luego entender el problema de los incentivos legales (protección a la

información) que pretenden fomentar el crecimiento y desarrollo de información vía innovación. Terminaremos con el debate referido a la posibilidad teórica y práctica de un régimen de propiedad de la información.

a. Sobre la información

i. Naturaleza económica

Para definir la naturaleza de la información debemos determinar en primer lugar, ¿qué es la información? La información no es simplemente un conjunto de datos transmitidos desde una «fuente» emisora hasta una «fuente» receptora sino que sólo puede haber procesos de información entre entes que tengan conciencia con la cual le puedan asignar a tales datos un sentido⁸⁷.

Así pues, «un grupo de datos se convierten en información cuando un agente cognitivo le asigna a ese dato o grupo de datos, una significación. Desde esta perspectiva, la información vista desde el sujeto, solamente puede ser percibida cuando tal sujeto tiene conciencia y sentido. Desde un punto de vista formal y objetivo, la información es datos, debido a que la estructura de los procesos informáticos se fundamenta en aquellas partículas, lo cual permite que sea transmitida por un sujeto no consciente pero que necesariamente sea enviada y recibida por entidades que consideren que dichos datos contienen una significación cognitiva⁸⁸.

Ahora bien, ¿qué distingue a la información de otras cosas? La información, en el acto de transmisión, tiene la potencialidad de cambiar las preferencias y los fines del sujeto receptor de la información. Del mismo modo, la información tiene la potencialidad de: a) modificar o detener los procesos de elección, y b) asegurar que tomar una u otra decisión tendrá el resultado esperado⁸⁹. En este sentido a la información le podemos asignar un valor económico, en tanto que el valor esperado (VE) derivado del cumplimiento de una meta es diferente con información a sin información. Por ejemplo, para el desarrollo de una transacción de

87 Para profundizar un poco sobre la naturaleza filosófica de la información véase: Márquez, Carlos Pablo. *El delito informático*. Editorial Leyer: Bogotá, 2002; FERRATER MORA. *Diccionario de Filosofía*. Colección Ariel Referencia. Editorial Ariel. Barcelona, 1994, p. 1839.; CROSSON, CROSSON, Frederick y SAIRE, Kenneth. *Filosofía y Cibernética*. México. Fondo de la Cultura Económica, 1982. Véase también: CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Angarita Barón Ciro. Sentencia T-414 de 1992. RUYER, Raymond. *La cibernética y el origen de la información*. Traducción de CORDOBA Y MAGRO, Mercedes. México: Fondo de la Cultura.; DRETSKE, Fred. *Conocimiento e información*. Madrid: Salvat, 1987.

88 Márquez, C.P. *El delito informático*. Editorial Leyer: Bogotá, 2002, p. 13.

89 Podemos ver la intrínseca relación que existe entre información y conocimiento, pues en la mayoría de los casos, una decisión acertada se deriva de una decisión asistida por la información que permitió cierto conocimiento de los posibles eventos que harían más o menos factible el resultado, de modo que la información afecta el grado del conocimiento. Véase: Priest, Curtis. *The character of information*. Center for information Technology and Society, Congress of the United States, 1994.

bienes agrarios futuros, la determinación del precio del bien puede ser afectada por información sobre las condiciones del clima. No es el mismo el precio del bien a futuro sabiendo que el clima será seco y por lo tanto las cosechas serán menores. Así el valor agregado de dicha información a la transacción lo podemos calcular mediante la diferencia del VE de la transacción con información y el VE de la transacción sin información así⁹⁰:

$$VI = VE(i) - VE(0)$$

(2) Esto nos indica que la información se constituye en un elemento fundamental en los procesos de elección. Lo cual permite identificar como una de las características de la información su cualidad instrumental.

Desde la teoría económica, a la información se le conceden un grupo de características que hacen de ella un bien muy particular debido a su diferencia con los demás bienes. Lo dicho hasta acá no distingue a la información de los demás bienes, sin embargo las características que vamos a mencionar, según la teoría económica tradicional, separan a la información desde su naturaleza. Estas características son su carácter acumulativo y no deteriorable, la no rivalidad y la no exclusividad.

1. Carácter acumulativo de la información

Se ha establecido que la información y el conocimiento presentan un carácter acumulativo, esto es, que la información utilizada en el pasado necesariamente será utilizada en el futuro, sea como antecedente o como fundamento. Así, el conocimiento matemático, científico, folklórico, antropológico, biológico, histórico, jurídico etc., nunca se deja de lado, ya que la información presenta un carácter acumulativo⁹¹. Entre mayor cantidad de información mayor conocimiento.

2. Carácter no deteriorable y no rival de la información

La información es no deteriorable. Cuando se dice que un bien no puede deteriorarse se está afirmando

que tal bien, por su naturaleza impide que el tiempo o su uso aminoren su aptitud de generar conocimiento. Téngase en cuenta que no nos referimos acá al valor de la información (VI), pues este si puede disminuir como consecuencia del uso, del desarrollo o del descubrimiento⁹². En este sentido, a diferencia de los bienes físicos, la información, como información, no puede ser destruida si al menos existe un soporte o al menos un sujeto la posee⁹³. Del mismo modo, la información no puede ser robada, pues ella sigue allí a pesar de ser poseída por otro sujeto o migrada a otro soporte. Acá estamos haciendo referencia a un carácter de la información no mencionado hasta ahora, este es la necesidad de un soporte para su transmisión, intercambio o almacenamiento. Éste puede ser tanto la mente de un sujeto como un mecanismo óptico nanométrico.

Por otro lado, tal como lo explicamos en el aparte referente a las externalidades, los bienes públicos son no rivales, esto implica que el consumo de información por parte de un individuo *no* reduce la cantidad de información de la que pueden disponer los demás. Esta característica es fundamental en lo que posteriormente estudiaremos referente a la propiedad intelectual pues afecta el concepto de apropiación y el concepto de valor. Mackaay, inteligentemente, establece que existe información que es de carácter rival en tanto que sólo su primer uso representa una ventaja competitiva para el que usa dicha información.

Aunque estamos de acuerdo en que en el proceso empresarial de descubrimiento quien descubre es el que explota su innovación en el mercado, no es del todo cierto que el uso de tal información disminuya por completo la utilidad de cierta información para los demás y mucho menos que eso haga la información de carácter rival, pues toda la información presentaría esta característica ya que el primero que la usa siempre tendrá una ventaja sobre los demás debido al reconocimiento que genera la actividad de descubierto.

3. Carácter no exclusivo de la información

Del mismo modo que con la característica de la rivalidad, en apartes anteriores explicamos el carácter no exclusivo de las externalidades llamadas bienes públicos diciendo que estas se presentan cuando no es

90 Suponiendo que no hay imperfecciones del mercado y que los consumidores tienen como utilidad marginal el precio del mercado. Véase: Priest, Op. Cit., p. 3.

91 Mackaay, Op. Cit., p. 33

92 Ibidem.

93 Mackaay supone y asegura que la información no puede ser destruida. Esta suposición olvida que la teoría de la información y sobretodo la informática ha reiterado la necesidad de un soporte a la información. La información no está en el aire, sino que ella debe ser descubierta y soportada. Por eso, a pesar que un sujeto haya descubierto nueva información si ella no se soporta o no se transmite difícilmente podrá ser indestructible. Por ejemplo recordemos el famoso problema matemático del último problema de Pierre de Fermat. De Fermat, en una glosa al texto la aritmética de Diofanto escribió «he descubierto una prueba verdaderamente destacable que este margen es muy pequeño para contenerla: $x^n + y^n = z^n$ ». Infortunadamente para los matemáticos, este



posible excluir del consumo de cierta información por lo menos a una persona.

Tal como lo muestra el apartado anterior, el problema de la exclusividad es el que subyace tras las externalidades como falla del sistema ideal de mercado, debido a que la inexistencia de mecanismos que garanticen la exclusividad impide la internalización de costos o beneficios provenientes de las externalidades, eliminando el incentivo de información y transacción que genera el derecho de propiedad. Este es el principal problema de la información que, teniendo en cuenta la distinción que hace Barzel desde el punto de vista económico de la propiedad, la propiedad de la información no es factible, pues ella se refiere al consumo exclusivo que hace de un bien el propietario, o la posibilidad de intercambiar dicho bien. Si la información es un bien público, al modo neoclásico, pues es un bien no rival y no excluyente, lo que esta teoría ve poco probable es que existan mecanismos no artificiales que hagan que la información se constituya en un bien exclusivo. Pareciera entonces que el único mecanismo para excluir el consumo de información es el secreto pues este permite asegurar que la información será enteramente exclusiva. Sin embargo, al compartir la información con al menos uno o incluso mostrando al mercado una actividad en la que se logró un resultado no esperado es un indicio de la existencia de nueva información, cosa que impide y hace más complejo mantener en secreto la información revelada si los beneficios para un tercero derivados de dicha información son mayores que los costos de la ingeniería inversa o la corrupción de aquel que posee el secreto o la extracción de la información de su soporte.

4. La necesaria relación entre escasez y apropiación

Como vimos en apartes anteriores, la escasez es un pilar fundamental del sistema de mercado de bienes. Si un bien no es escaso, no requiere un derecho de propiedad pues todo consumidor puede adquirir tal bien sin sacrificio alguno. Sin embargo, la información no se caracteriza por presentar escasez en el modo de los bienes tangibles ya

que ella al ser divulgada puede ser adquirida por cualquiera. Algunos como Mackaay confunden la potencia con el acto, por eso argumentan que hay escasez ya que la información no se adquiere por accidente sino que requiere un proceso. Desde luego que hay un costo de oportunidad, tanto en informar como al informarse, de modo que la ausencia de escasez no implica que los bienes sean «gratis» sino que de querer adquirirlos solo se requiere buscar los mecanismos para ello. Diferente es el caso de los bienes tangibles, donde, por ejemplo, es necesario que concurra el interés del vendedor con el del comprador del bien referente del precio y la posibilidad presupuestal del comprador frente al bien.

Los bienes del intelecto no pueden ser escasos. Hayek lo expresó muy coherentemente:

“Pareciera entonces que el único mecanismo para excluir el consumo de información es el secreto pues este permite asegurar que la información será enteramente exclusiva.”

«The slow selection by trial an error of a system of rules delimiting individual ranges of control over different resources has created a curious position. Those very intellectuals who are generally inclined to question those forms of material property which are indispensable for the efficient organization of the material means of production have become the most enthusiastic supporters of certain immaterial property rights invented only relatively recently, having to do, for example, with literally productions and technological inventions»

«The difference between these and other kinds of property rights is this: while ownership of material goods guides the use of scarce means to their most important uses, in the case of immaterial goods such as literally productions and technological inventions the ability to produce them is also limited, yet once they have come into existence, they can be indefinitely multiplied and can be made scarce only by law in order to create an inducement to produce such ideas. Yet it is not obvious that such scarcity is the most effective way to stimulate the human creative process»⁹⁴.

Incluso Thomas Jefferson, refiriéndose estrictamente a la propiedad exclusiva expresó en una carta a Isaac McPherson:

abogado no develó nunca su prueba haciendo que la información concerniente a dicha prueba fuera uno de los principales problemas matemáticos desde el siglo XVII pasando sin ser resuelto por mentes tan brillantes como la de Euler, Goldback, Dirichlet, Gauss, y otros, para solo ser resuelto en 1993 por Andrew Wiles.

94 Hayek, Friedrich A. The Fatal Conceit: The Errors of Socialism. The University of Chicago Press: Chicago, IL, 1989. Citado por: Palmer, Op.cit., p. 279.

«If nature has made any one thing less susceptible than others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which and individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me»⁹⁵.

La conclusión después de lo dicho es clara: A diferencia de los bienes tangibles en los que la escasez genera la propiedad, ésta, claramente, no emerge en los bienes intangibles en tanto que no es posible la apropiación económica de bienes intangibles como la información.

ii. La información como bien público en la teoría económica neo-clásica.

Para hacer un análisis de la información como bien público, vamos a volver a explicar brevemente las diferentes caracterizaciones que la doctrina neoclásica ha sostenido respecto de la clasificación de los bienes. No nos vamos a centrar en la clasificación de los bienes según su efecto precio, es decir las variaciones de la demanda del bien debido a cambios en el precio, o en su efecto renta, es decir las variaciones en la demanda del bien debido a cambios en la renta del consumidor. Nuestro objetivo, es explorar las clasificaciones de los bienes según la doctrina neoclásica respecto de sus características estáticas, esto es, la «rivalidad» y la «excluibilidad» de los bienes con respecto al consumo.

Como dijimos, un bien es *rival* si su consumo por parte de un individuo reduce la cantidad de dicho bien que pueden disponer los demás consumidores. A su vez, es *no rival* si su consumo por parte de un individuo *no* reduce la cantidad de que pueden disponer los demás. Por otro lado, un bien es *excluible* si es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona. Asimismo, es *no excluible* si no es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona.

Tomando estos elementos, la doctrina económica ha distinguido los bienes públicos de los bienes privados. Es un bien público aquel que es *no excluible* y *no rival*, es decir, su consumo por parte de un individuo *no* reduce la cantidad de que pueden disponer los demás y, además, *no* es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona. Un simple ejemplo dado por la doctrina neoclásica de bien público es el «alumbrado público», pues «la cantidad de farolas que hay en una determinada área es fija», así «cualquier persona puede consumir la misma cantidad que otra y la cantidad que consume una de ellas no afecta a la cantidad de la que puede disponer la otra»⁹⁶, lo que hace al bien *no rival*. Asimismo, «el hecho de que alguna persona consuma este bien no excluye de su consumo a la otra»⁹⁷, pues el uso de la «luz» generada por cada farola no acaba o extingue el bien, de modo que puede ser usada dicha «luz» por cualquier otra persona. Otros ejemplos de este tipo de bienes son la policía, las carreteras, el sol, el aire, el mar, etc.

Los bienes privados puros son entonces aquellos que son rivales y excluibles, como por ejemplo una manzana, pues su consumo por parte de un individuo reduce la cantidad de que pueden disponer los demás y, además, el consumo extingue el bien, de manera que se excluye de su consumo por lo menos a una persona. Aun así, existen otros bienes públicos intermedios pues estos pueden ser no rivales pero excluyentes, como la televisión privada o por cable, dado que su consumo no reduce el consumo de los demás pero sólo puede consumirlo aquel que tenga acceso al pago de la renta por el decodificador⁹⁸. A su vez, el bien puede ser rival pero no excluyente, es decir, su consumo reduce el consumo de los demás pero puede consumirlo cualquiera, pues su uso por parte de uno no acaba con la potencialidad de uso por parte de otros. Como ejemplo puede ser una piscina, ésta no se extingue por el uso de mucha gente, pero puede llegar un punto en que esté tan abarrotada de personas que nadie más pueda usarla en ese momento.

Volviendo a nuestro objeto de estudio, ¿cómo clasifica la doctrina neoclásica a la información? ¿Es ésta un bien público o es un bien privado? La respuesta es clara, la información es un bien con características de bien no rival y no excluyente, de manera tal que la información es un bien público.

95 Jefferson. Thomas. Letter to Isaac McPherson. August 13, 1813. In: XIII The Writings of Thomas Jefferson. Para no contextualizar a Jefferson como uno de aquellos en contra de la propiedad intelectual debemos admitir que el autor, tal como lo señala Palmer, es ambivalente en lo referente al reconocimiento de derechos sobre los productos del intelecto. En algunos escritos como el citado, se mostró reticente a un reconocimiento como el de la propiedad debido a la naturaleza misma de tales bienes. Sin embargo, en otros escritos aseguró ser partidario de la creación de monopolios reconocidos por el Estado para la protección y el incentivo a la producción de bienes producto del intelecto. Una referencia más profunda en: Palmer. Tom. Op. cit., p. 278.

96 Ibidem.

97 Ibidem.

98 THE ECONOMIST. Markets for ideas. April 14th 2001. p. 72.



Ahora bien, cierto hecho político, que no es propio de la información, se constituye en uno de los cimientos de la teoría neoclásica y la teoría francesa de la propiedad intelectual. La consideración neoclásica se centra en que, a pesar de que es un hecho notorio que la información es un bien no rival, no es así que toda la información sea un bien no excluyente. Es decir, el consumo de la información *no* reduce la cantidad de la que pueden disponer los demás pero es posible que al menos una persona no pueda tener acceso a ella. En este sentido, la teoría neoclásica entiende que es posible excluir del consumo de la información a una persona o a grupos de personas por medios no económicos, sino por medios políticos, esto es por medio de la intervención del Estado. Así, la información es un bien peculiar, ya que responde a la característica de bien público definida por la teoría neoclásica, pero la intervención del Estado transforma dicho bien en uno casi privado, en tanto que por disposición constitucional o legal se permite excluirla de la demanda de los consumidores.

Después de todo lo dicho, podemos concluir el análisis neoclásico de la información como bien diciendo que esta puede entenderse en dos sentidos: como bien público y como bien privado intermedio. Es bien público debido a la ausencia de restricciones de acceso y exclusión; es bien privado intermedio debido a la existencia de mecanismos constitucionales y legales que determinan si se permite o no la exclusión de consumidores de información.

iii. La propiedad intelectual y en especial las patentes y los derechos de autor como información

La pregunta que nos resta resolver ahora se refiere a la configuración de las patentes y los derechos de autor como información. Infortunadamente, dado que en la mayoría de los casos los soportes de la información se constituyen en bienes tangibles, la mayoría de estudiosos de la propiedad intelectual no la distinguen como información. No pasa así con los estudiosos de la información y el conocimiento que claramente identifican la propiedad intelectual como información.

Ahora bien, ¿hasta qué punto la propiedad intelectual se constituye en información? La mejor manera de resolverlo es citando aquéllas formas particulares que dan origen a la propiedad intelectual e identificando cómo ellas son simplemente información, es decir, una canción, un invento o un libro.

Empecemos con una canción, para ser más técnicos hablemos de una composición musical. Tenemos claro que la música y la letra de la composición musical son susceptibles de ser protegidas por el régimen de la propiedad intelectual. La música tiene varios efectos en la psique humana: En primer lugar permite evocar sentimientos pasados; en segundo lugar, genera sentimientos de empatía o desagrado⁹⁹. En este sentido la música, como música mas no como composición, es un mecanismo simbólico que genera en la mente del receptor alguna percepción de sentido. Ahora bien, la música responde a dos características ya definidas en la antigua Grecia, estas son la armonía y el ritmo. La armonía y el ritmo se derivan, necesariamente de la adecuada estructuración de notas en la composición. Estas estructuras hacen que la música genere sentimientos de empatía o desagrado, y es esta información la que hace que una composición sea escuchada por muchos y, por tanto, se genere un mercado para el que instrumentaliza la composición.

Ahora bien, si además de la música estructurada en una composición, tomamos en cuenta la letra de una canción, ésta claramente se compone de símbolos y signos que pueden general en quien oye un grupo de sentimientos y otro tipo de efectos cognitivos que permiten o hacen que dicha expresión artística se constituya en información. Atrás dijimos que la información permite «cambiar» las preferencias de consumo de un agente y que incluso estructura preferencias de los agentes. La música, también es generadora de conocimiento pues se constituye en objeto de demanda y en insumo para el desarrollo de nueva música. En este sentido se le asigna a la música un contenido informático¹⁰⁰.

Por otro lado, si analizamos una invención encontraremos características que efectivamente llevan a clasificar al producto del intelecto como información. Una invención se expresa como la incorporación de muchas nuevas opciones pues combina partes y/o procesos que producen un efecto deseado por el inventor¹⁰¹. Desde luego, la invención se constituye en una innovación técnica o científica que se adelanta a lo existente en su tiempo y resuelve problemas antes no resueltos. La invención claramente es información, puesto que su descripción permite cambiar patrones de decisión, en tanto que estructura un grupo de procesos que permiten llegar a cierto efecto en todos los casos aplicables según la invención. Así, el objeto de la invención es informar ya que permite explicar a otros como llegar un determinado efecto por intermedio de la

99 Véase: Priest, Curtis. Op. cit., p. 6.

100 No como mecanismo de automatización sino como objeto de la automatización.

101 Ibidem, p. 4.

aplicación de un conjunto de procesos. Algunas invenciones se manifiestan en elementos tangibles, sin embargo, lo que hace a la invención no es la cosa en que se representa sino es el control sobre la misma, es decir la posibilidad de reproducir el invento un sin número de veces.

En tercer lugar explicaremos un libro como producto del intelecto. Referido a la posibilidad de ser la propiedad intelectual considerada información, nada es más claro que la palabra escrita. Al igual que la música, la palabra escrita en un libro no tiene otro fin que expresar. El libro con su contenido definido con el modo en que se expresan las palabras, tal como las notas musicales en una partitura, afectan directamente la preferencias del agente que accede a tal texto, asignándole un contenido cognitivo a los símbolos que lo componen. Así, sea por mero placer o por un interés científico alrededor de la actividad, el texto se configura como información para el agente que le asigna un sentido.

3. Análisis Económico De La Propiedad Intelectual

a. Origen histórico de la propiedad intelectual

La propiedad intelectual tiene dos periodos claramente identificables. Un primer periodo de simples incentivos y un segundo periodo de reconocimiento de un «verdadero» derecho de propiedad. Al principio de la primera época de la propiedad intelectual, simples incentivos y privilegios a la producción de ideas innovadoras eran otorgados por el Rey a la manera de mecanismos para «proteger» las invenciones y la información escrita. Lo que hoy conocemos como derechos de autor, tiempo atrás era simplemente un modo de controlar lo escrito y monopolizar la circulación de cierta información, siendo un mecanismo de censura a la publicación más que un sistema de protección moral al autor respecto de la información generada en sus textos. Lo mismo sucedió con las patentes de invención. El origen de ellas no puede atribuirse a ningún sistema jurídico en particular pues los primeros sistemas informales de protección fueron desarrollados en la Italia del renacimiento como simples privilegios; estos luego fueron introducidos en el resto de Europa por los

inmigrantes venecianos sopladores de vidrio (glass-blowers) para proteger sus habilidades y técnicas de los trabajadores de otras localidades¹⁰².

Ahora bien, sólo en el sistema del derecho civil francés, en el periodo de la primera revolución, se inició un movimiento claro en el que se clasificaba a los privilegios surgidos del incentivo al desarrollo de la actividad intelectual como propiedad¹⁰³. Tal como lo explica Colombet, el intento de reemplazar los privilegios concedidos bajo la discreción de las autoridades por un sistema no discrecional de concesión de derechos de propiedad sobre los productos del talento y del ingenio, determinaba un nuevo rumbo para la institución de la «propiedad», el cuál incluso en la misma Francia donde tuvo su origen, fue rechazado en breve, debido al concepto negativo de los «economistas», evitándose que las legislaciones sobre patentes y derechos de autor usaran el término propiedad¹⁰⁴ pues su carácter natural era otro.

A pesar de lo dicho, el siglo pasado fue el siglo de la legislación sobre la propiedad de los desarrollos del intelecto, y es en aquel siglo en que se desarrolla la segunda época de la propiedad intelectual. Cronológicamente, el primer mecanismo internacional que reconoció derechos de propiedad a los autores sobre sus obras fue la Convención de Berna de 1886, que constituyó un lazo de unificación entre la legislación anglosajona y el derecho continental¹⁰⁵. Posteriormente, la convención fue complementada con las adiciones hechas en París en 1896, Berlín en 1908, Berna en 1914, Roma en 1928, Bruselas en 1948, Estocolmo en 1967 y en París en 1971. Luego, múltiples manifestaciones multilaterales se han desarrollado, como por ejemplo, el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados de Washington en 1989, el Tratado sobre propiedad intelectual de la OMPI, y la lista sigue y sigue. En el contexto Andino, la Decisión 351 del Pacto Andino respecto de los derechos de autor y la posterior Decisión 486 son los principales instrumentos supraleales sobre propiedad intelectual.

Tal como hemos visto, desde antaño la producción de información así como la producción de cualquier otro

102 Thomson Derwent. International consulting. En: <http://thomsonderwent.com/patinf/patentfaqs/history>. Febrero, 2004. Así, la primera patente de invención otorgada y de la que se tiene referencia, se le entregó en 1449 a John de Utynam, con un monopolio de 20 años, en la cual se le garantizaba la explotación de un proceso para procesar el vidrio que no se conocía previamente en Inglaterra. A cambio de este monopolio la corona obligó al titular del privilegio, enseñar dicho proceso a los nativos ingleses.

103 Mackaay, Ejan. Economic incentives in markets for information and innovation. En: *The economics of intellectual property*. Volume I. Cheltenham : Edward Elgar. 2002. p. 8.

104 Colombet, C. *Propriété littéraire et droits voisins*. 3d Edición. 1986. Citado por: Mackaay, Ejan. *Economic incentives in markets for information and innovation*. En: *The economics of intellectual property*. Volume I. Cheltenham : Edward Elgar, 2002. p. 9.

105 Montoya Durana, Ana María. *Derecho de propiedad intelectual: una discusión comparativa entre las legislaciones de la unión europea y del pacto andino*. Disertación para optar al título de Magister en Ciencias de Estudios Europeos. London School of Economics. Publicado por: Centro Colombiano de Derechos de Autor. Cecdola. 2002.



tipo de bienes ha encontrado un orden espontáneo que ha incentivado el desarrollo de este tipo de actividades. La producción de bienes tangibles y la apropiación de los mismos (sea en sistemas de propiedad individual o colectiva) han generado sistemas de legitimación de la propiedad en los que los individuos sustentan y sustentaron el sistema de intercambio de bienes. Desde luego, las propiedades naturales que otorga la tangibilidad a los bienes les ha permitido la posibilidad de funcionar en sistemas donde la apropiación se constituye en el fundamento de toda enajenación.

Ahora bien, la información no permite la apropiación pura y simple de los objetos tangibles ya que sus caracteres físicos impiden que el bien esté «en manos» de un único individuo o grupo de individuos que usen el bien sin que de su uso se derive el posible uso para otros. En este sentido, la información es un bien que no puede ser sujeto del derecho de propiedad debido a la imposibilidad de apropiación, pero que, teniendo en cuenta la tecnología y otros mecanismos empresariales es posible generar mercados para dichos bienes sin necesidad de politizar la naturaleza de los mismos.

Pasando al plano de lo real, es claro que el Estado, por intermedio de su poder coercitivo, ha dado a la información ciertos tipos de protección implementando un sistema de derechos, privilegios y obligaciones. Así, tal como lo vimos al principio, inicialmente se otorgaron algunos privilegios frente a la información que se constituye en producto del intelecto. Luego, con las reformas francesas y con la presión de algunos miembros del Estado, se trató de simular el sistema de derechos de propiedad de bienes tangibles aplicando en la medida de lo posible todos los aspectos de la propiedad tangible a la intangible.

b. La justificación económica de la propiedad intelectual

Volveremos a una pregunta planteada en otro estudio¹⁰⁶: ¿Por qué es importante cuestionarse por los derechos de propiedad intelectual? En términos estrictos

debido a que hoy por hoy la negociación de casi todo bien corporal tiene detrás la negociación de bienes incorporeales integrados a dichos bienes. Estos bienes incorporeales pueden ser entendidos jurídicamente como derechos que autorizan la producción, explotación, distribución o cualquier otra práctica comercial del conocimiento y la información adquirida, desarrollada o descubierta por una persona natural o jurídica. Esto conlleva a que la información y el conocimiento desarrollado por personas naturales o jurídicas, entendidos como innovaciones o ideas, se institucionalicen como bienes incorporeales que son protegidos jurídicamente por una institución llamada propiedad intelectual. Esta institución, puede definirse como el resultado de la promoción de la actividad innovadora y creativa de la sociedad¹⁰⁷ traducida en un

conjunto de privilegios (persecución y preferencia) y poderes (monopolio) que tradicionalmente la institución de la propiedad privada le confiere al titular de tal derecho¹⁰⁸.

Los derechos de propiedad intelectual (DPI) han obtenido cada vez más una mayor importancia en las transacciones de mercado y en el ambiente institucional. Por ello, en el sistema económico ha ganado interés el estudio de la producción de conocimiento e información, debido a la importancia que estos

factores tienen en términos de la tecnología de producción y del desarrollo económico.

En Colombia, legislativamente, la propiedad intelectual ha sido definida como el «derecho exclusivo de explotar las producciones del talento y del ingenio» (Ley 86 de 1946). Esta definición se identifica con los postulados de los regímenes constitucionales americanos y anglosajones en los cuales los productos del intelecto se constituyen en un bien jurídico constitucional. La protección de la propiedad intelectual se justifica de modo filosófico y económico. Las justificaciones filosóficas son de varios tipos pero en resumen ellas defienden la propiedad intelectual como la derivación de derechos (naturales) por el ejercicio de la labor intelectual humana y por el trabajo humano individual inmerso en ella¹⁰⁹. De ese modo, si la sociedad

“(...) la información y el conocimiento desarrollado por personas naturales o jurídicas, entendidos como innovaciones o ideas, se institucionalizan como bienes incorporeales que son prototipos (...) por propiedad intelectual.”

106 Márquez Escobar, Pablo. Violación a los derechos de propiedad intelectual. Editorial Javergraf: Bogotá, 2004.

107 Ronkainen, I. and Guerrero-Cusumano, J.. Correlates of Intellectual Property Violation. Multinational Business Review Spring: 59-65. 2001, p. 59.

108 Furubothn y Richter, Op. Cit., 1996.

109 Menell, Peter. Intellectual Property: General Theories. En: Encyclopedia of law and economics, En: <http://encyclo.findlaw.com>. 1999.

valora estas actividades, seguramente el efecto será la creación de instituciones que sostienen los derechos que la innovación merece, es decir, la propiedad¹¹⁰.

Desde un punto de vista económico podemos afirmar que nuestra legislación justifica la protección a la propiedad intelectual con el argumento utilitarista basado en los incentivos legales. Tal como lo muestran las constituciones políticas que pretenden proteger los DPI, su función es promover e incentivar el desarrollo intelectual. La promoción del desarrollo de información novedosa puede ser hecha de un modo diferente que con la creación de instituciones que garanticen que dicho esfuerzo sea recompensado con un derecho de propiedad. Si este derecho no existe, la competencia no tendría que realizar grandes esfuerzos en «copiar» la información desarrollada y entraría al mercado con bajos costos e ingresos altos, desincentivando así la creación de conocimiento¹¹¹. Por otro lado, los consumidores se verían afectados debido al estancamiento en la innovación que la ausencia de protección generaría para el desarrollo de nuevos productos¹¹².

El argumento utilitarista ha sido adoptado por los economistas como el supuesto económico adherido al estudio de los derechos de propiedad intelectual. Según dicho argumento, para la economía, el incentivo que produce el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual tiene como objetivo promover la innovación ya que ella es el móvil del crecimiento económico. Incentivar la innovación hace que las firmas y los individuos dediquen parte de sus recursos y empresariedad a la investigación y el desarrollo de nueva información que permite el progreso tecnológico y mejoras en los coeficientes de productividad¹¹³ los cuales se constituyen en un factor de crecimiento endógeno del sistema económico. En la misma línea, años atrás, Nordhaus¹¹⁴ demostró que la protección a los productos derivados del intelecto genera pérdidas y ganancias en la economía, sin embargo, la protección mediante exclusión de usos dada por derechos monopólicos de explotación comercial de la propiedad intelectual, compensa las pérdidas de bienestar derivadas de todo monopolio con los benéficos que el incentivo a la producción genera.

Ahora bien, ¿por qué es necesario establecer derechos de propiedad? Dentro de la doctrina económica se ha dicho que los productos del intelecto son

externalidades, en tanto que son bienes que sin mediar una transacción de mercado generan un beneficio a un agente a precio cero. La mejor solución es internalizar la externalidad, esto es, ponerle costo. Una de las soluciones más usadas es la correcta y garantizable (enforceable) asignación de los derechos de propiedad. Esta solución se fundamenta en el teorema de Coase, según el cual, sin importar a quien se le asignen los derechos de propiedad sobre determinado recurso, si los derechos de propiedad sobre el mismo son claros, son garantizados y los costos de transacción son cero, siempre se llegará a una transacción óptima de dichos derechos¹¹⁵.

En términos estrictos se supone que las transacciones sobre información llevarán al equilibrio del mercado puesto que quien sufre el daño por la imposibilidad de vender sus productos del intelecto en el mercado debido a los agentes oportunistas, puede obligar a los agentes a pagar siempre y cuando tenga el derecho de propiedad o el derecho de usar exclusivamente dicha información. En este sentido, habrá un equilibrio en el punto en que el precio de dicha información sea igual al beneficio marginal de la información, siempre y cuando los costos de transacción sean cero y se cumplan los demás supuestos del Equilibrio General Competitivo. Así, se llegará a una asignación eficiente de recursos.

Ésta es, en pocas palabras y sin una demostración formal, la justificación que los economistas entregan a la existencia de derechos de propiedad intelectual.

c. Crítica al sistema de propiedad sobre productos del intelecto

Según lo dicho en apartes anteriores, la propiedad intelectual, para muchos autores, se constituye en el único mecanismo que permite el desarrollo de mercados sobre ideas. La propiedad, tal como lo establece el Teorema de Coase, internaliza las externalidades de manera tal que impide las pérdidas derivadas de la no rivalidad de la información. Sin embargo, es extraño que la propiedad se haya probado como eficiente en muchas situaciones fácticas y en el tema referente a la propiedad intelectual no. Billones de dólares son reportados anualmente como pérdidas de la industria de la propiedad intelectual debidas a la «piratería» y a la falta de mecanismos de control de la propiedad por parte de los Estados. Con todo, otras razones

110 Becker, Lawrence. Deserving to own intellectual property. *Chicago-Kent Law Review*, No. 68, 1993. p. 609-629.

111 Hettinger, Edwin. Justifying intellectual property. *Philosophy and public affairs*. Vol. 18. Issue 1. Winter, 1989. p. 31-52.

112 Ibidem.

113 Dasgupta, Partha y Stiglitz, Joseph. Industrial structure and the nature of innovative activity. *Economic Journal*. No. 90, 1980, 266-293.

114 Nordhaus, W.D. (1969) *Invention, growth and welfare: a theoretical treatment of technical change*. Cambridge, Mass.: MIT Press.

115 MasColell, Andrea et. al. *Microeconomic theory*. Oxford University Press: Oxford, 2003.



pueden contribuir a las millonarias pérdidas¹¹⁶ entre ellas que la propiedad intelectual no necesariamente es el mejor mecanismo de incentivo de acceso y producción en los mercados de ideas. Las razones, aunque ya fueron expuestas, las expondremos en lo que viene.

En primer lugar, los problemas de la propiedad intelectual recaen sobre el concepto mismo de propiedad. La propiedad económica requiere de la apropiación y la apropiación es un acto físico donde la tenencia de un bien derivada de su uso se hace exclusiva y con respecto a los demás. En este sentido apropiarse de algo implica tomarlo para sí, sacar de la cosa provecho para sí, de tal manera que ningún otro pueda excluirme del disfrute de dicho bien. De allí viene la palabra dominio, referida a la propiedad, pues es con el control sobre la cosa con el que la cosa se subordina, teniendo en cuenta mi relación con los demás con respecto de la cosa tomada por el sujeto de derecho. Desde luego, tomar para sí algo requiere de un proceso, sea originario o sea derivado, de toma de posesión. La propiedad, de antaño, ha sido considerada como el mecanismo que hace jurídico un poder de hecho¹¹⁷, y precisamente, el poder de hecho se deriva de la aptitud de la cosa para ser objeto de apropiación. Esto es, que la cosa por su naturaleza pueda ser objeto de subordinación inmediata y directa del sujeto.

La propiedad intelectual no cumple con las anteriores características de apropiabilidad y, por lo tanto, no admite ocupación. Los productos del ingenio, sólo dan a su titular un poder originario de ocupación en tanto que son innovaciones no tienen dueño anterior. Ahora bien, si siguiéramos al pie de la letra los modos originarios de adquirir el dominio, el único modo posible es la ocupación, en tanto que la accesión se refiere a la adhesión de un bien a otro o la producción de un bien por otro donde el accesorio accede al principal. Tampoco puede ser prescripción o *usucapión* pues ella se refiere al paso del tiempo, y el paso del tiempo poco o nada tiene en relación con los productos del intelecto.

La ocupación, infortunadamente, tampoco procede. La razón es única y ya la dejamos entrever, no es posible, debido a la naturaleza de los bienes del intelecto o la información, que su aprensión permita al sujeto ocupante la exclusividad sobre el uso del bien. Tal como no lo indica Puig Bruteau la propiedad recae sobre «bienes unitarios, determinados y corporales»

debido a la naturaleza no legal de la propiedad. La propiedad antes que ser derecho es un hecho derivado de la necesidad del intercambio. El reconocimiento legal de la propiedad se deriva espontáneamente de los procesos y reglas de la ocupación y la conquista. Su reconocimiento en el derecho, tal y como lo conocemos ahora, viene mucho después. Los productos del intelecto no pueden ser objeto de la propiedad en su forma radical¹¹⁸ ya que son bienes que presentan posibilidad de consumo compartido sin el agotamiento del recurso y además son bienes que no permiten excluir consumidores. El efecto que crea tal naturaleza es la imposibilidad de la escasez de la cual se deriva, en una referencia casi circular, la propiedad.

Podemos afirmar categóricamente que los productos del intelecto, sólo se constituyen en bienes exclusivos por intermedio de mecanismos políticos. Tal como lo explica Palmer:

«... Intellectual property rights, ... are creatures of the State, and not the product of an evolutionary process of interaction among interested parties that is later ratified through legal sanctions»¹¹⁹.

Ahora bien, algunos podrían afirmar que si el soberano consideró darle una protección especial a los productos del intelecto por intermedio de la propiedad intelectual no hay lugar a discusión sobre el punto. Sin embargo, nada hace más ineficiente una institución que su implantación positiva por vía forzosa en lugar de una aplicación derivada de la costumbre y el orden espontáneo presente en el desarrollo de las relaciones humanas. Esto se hace patente en la recepción y el papel activo que tiene el Estado en la protección de la propiedad intelectual. Desde su creación, y sobre todo desde la expansión de la economía fundada en el conocimiento, la propiedad ha tenido como guardaespaldas al Estado debido a la imposibilidad de guardarse por sí misma. Esto es un indicador de la imposibilidad e inestabilidad del sistema, ya que su funcionamiento requiere de la intervención activa de autoridades gubernamentales.

Además de lo dicho, el derecho en las sociedades liberales se deriva de una relación horizontal, en lugar de una relación vertical¹²⁰. Esto es así, en tanto que los mecanismos de imposición normativa, adscritos

116 Véase: Márquez Escobar, Carlos Pablo. Violación a los derechos de propiedad intelectual. Javegraf: Bogotá, 2004.

117 Peña Quiñones, Ernesto. Derecho real de Dominio o Propiedad. Tomo III. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1994, p. 13.

118 En su raíz.

119 Palmer. Tom. Op. Cit., p. 280.

120 Ibidem.

normalmente al derecho público, suelen tener como fundamento la voluntad del soberano. Con todo, sea el soberano un individuo o la mayoría el sistema es dictatorial pues la norma no es consentida, y por ello no procede de la voluntad. En este sentido, es igual de totalitario tanto el derecho derivado de la dictadura de las mayorías en las democracias occidentales como el poder normativo del sultán en los sultanatos medio-orientales. Sólo el derecho que emerge del contrato y la interacción entre individuos es derecho liberal; la otra forma es una imposición por el contrario de una elección. Esta es la perversión del sistema de propiedad intelectual. A diferencia de la propiedad sobre bienes tangibles, aquella no surge de la interacción y el respeto espontáneo derivado de la apropiación, sino que se impone desnaturalizando la institución y la cosa objeto de tal institución. En este sentido la propiedad como institución no es fruto del diseño humano, sino que proviene de ese orden derivado de la interacción. Tal preocupación la señala V. Smith diciendo:

«Can we consciously design new better property rights? Based on my interpretation of the origin and process of property rights formation, I'm skeptical about whether, as professionals, any of us as yet knows and understands enough about our subject matter to allow an affirmative answer to this question... What we lack is the knowledge that comes from practice, from trying, failing, and learning from the results»¹²¹.

Lo anterior, aunque breve, hace un caso contundente en contra de la propiedad intelectual¹²². Ahora, con respecto a la teoría de los bienes públicos, casi desde sus primeros desarrollos ésta ha sido profundamente criticada por los teóricos de la economía, la ciencia política y la filosofía. Hans Herman Hoppe¹²³, un filósofo de la corriente austriaca, ha aseverado en múltiples escritos que no es posible determinar una distinción clara entre bienes públicos y bienes privados y, por tanto, tal distinción es completamente ilusoria pues siempre que algo sea escaso para alguien dicho bien tendrá la posibilidad de ser un bien privado. Del mismo modo, afirma Hoppe, que el argumento que indica que el Estado debe producir o proteger los bienes públicos debido a la falta de incentivo a la provisión privada es un argumento débil porque la necesidad de que el Estado intervenga en la producción no se deriva

de la naturaleza de los bienes, sino de una norma o principio moral que se introduce en la mitad del razonamiento¹²⁴.

Otras críticas aún más agudas se han definido en razón de la falacia referida a la existencia de los bienes públicos. En primer lugar, tanto Adelstein y Peretz como Cowen y Goldin han encontrado que la característica de públicos que tienen ciertos bienes como los de la propiedad intelectual, no es inherente a los bienes mismos, sino que es una función referida a la manera en que ellos son producidos y el contexto institucional en que aparecen. De este modo, un bien es público o privado dependiendo de la solución que demos a la pregunta sobre si todos deberíamos tener un acceso igualitario a cierto bien o si dicho bien debe ser proveído selectivamente¹²⁵.

La anterior disyuntiva la tiene quien produce el tildado bien público (v.gr. la información), pues, según la teoría neo-clásica, tiene dos opciones claramente distinguibles: Primero, producir el bien y tener claro que ese acto permite que muchos (no todos debido a los costos de transacción y de oportunidad) se aprovechen y usen el bien sin contribuir financieramente en su proceso de producción; o segundo, quedárselo para sí y restringir de eso modo su uso (con todo, restringir el uso del bien implica incluso restringirlo para sí, en tanto que un simple uso permitiría a otros aprovecharse del bien).

Ahora bien, un elemento que no es claramente definido en la teoría neoclásica de los bienes públicos, y que da origen a la falaz disyuntiva anterior, es el problema de la exclusión y la posibilidad de generar mecanismos que permitan incluir barreras a los bienes que son no rivales en su uso. Todo productor debe tener claro que si su bien permite a muchos consumidores sacar provecho a un costo menor que el precio del bien, este productor seguramente incluirá en su función de costos un componente adicional llamado costo de exclusión. Esta inversión definitivamente permitirá excluir a alguien del consumo del bien producido. Un ejemplo clásico es el derivado del análisis del comportamiento de los cinemas¹²⁶. Los dueños de cinemas, o teatros para la proyección de películas, saben que el bien que venden tiene la característica de ser no rival, en tanto que un usuario vea no reduce la posibilidad

121 Smith, V. Comment. Progress in natural resource economics, 414. Citado por: Palmer, *Op. Cit.*, p. 281.

122 Recordemos que cuando nos referimos a la propiedad intelectual estamos haciendo énfasis casi exclusivo en las patentes y los derechos de autor, mas no en la marcas, el nombre o la insignia.

123 Véase: Hoppe, Hans Herman. Fallacies on the public goods theory. *Journal of Libertarian Studies*, Vol. IX, no. 1, 1989.

124 *Ibidem*, p. 31.

125 Palmer, *Op. Cit.*, p. 284.

126 Véase: Kinsela, *Op. Cit.*, p. 37.



de que otro vea la película. Entonces, ellos invierten en paredes, sillas, ventanas, tiquetes y seguridad para poder excluir a aquellos que no contribuyen. Estos costos pueden reducirse por ejemplo en un auto-cinema, en el cual se proyecta la película sin necesidad de muros, que excluyan completamente al resto de personas interesadas en la película. Con todo, ellos pueden tomar una de dos decisiones. O permitir que todo el que pase, si quiere, vea tal proyección o compeler al gobierno de que proteja su derecho a exhibir las películas sin necesidad de los muros obligando a todos los que no pagan a usar unos lentes que impidan ver la película¹²⁷ – que parece ser la opción neoclásica al someter a la intervención del estado el problema de los bienes públicos. Dado el alto costo de las dos opciones, un empresario (no un político) simplemente buscaría un mecanismo para reproducir sus proyecciones y aún así ganar dinero. De tal modo lo hicieron los empresarios de los auto-cinemas al introducir los parlantes individuales para cada automóvil. Claro que tal solución no sirve mucho para cierto tipo de proyecciones, por ejemplo las de cine mudo o de cine pornográfico.

En conclusión, es posible tecnológicamente excluir del consumo a por lo menos una persona, podemos afirmar que la provisión privada de dicho bien se hace posible, esto tan solo con la inversión en mecanismos de exclusión. Del mismo modo, podemos ver que lo que le da el carácter de público a un bien, desde un punto de vista dinámico, es la posibilidad de intervención política del Estado que politiza el bien y le elimina su naturaleza económica¹²⁸.

Seguramente, muchas críticas se enfilan en contra de un sistema como el propuesto, es decir, un sistema en el que no existe propiedad sobre los productos del intelecto; sin embargo, una perspectiva que acepte la dinámica en el comportamiento de los agentes en el mercado así como la invalidez de un análisis estático como el que presentan los economistas neo-clásicos, puede fácilmente comprender que, en ciertos los

mercados, la empresariedad permite al productor darle un matiz a su producto que o lo hace excluible o que lo ata a otro bien que tiene dicho carácter. La existencia y comercialización de bienes e innovaciones provenientes de la actividad intelectual que no son protegidos por la propiedad derivada de las patentes y los derechos de autor demuestran la posibilidad de producir y vender eficientemente éste tipo cosas en los mercados¹²⁹.

De nuevo, un sistema horizontal necesariamente puede ser más eficiente que un sistema proteccionista en la protección, incentivo y mercantilización de innovaciones e información. Este sistema, más allá de ser impuesto por un tercero, se deriva de estrategias mercantiles para la comercialización de tales productos. Así, no será la misma estrategia para un producto que para otro. De este modo, es mercantilmente posible establecer cuatro mecanismos que permitirían el desarrollo de mercados de innovación e información sin necesidad de la propiedad¹³⁰.

“(...) un sistema horizontal necesariamente puede ser más eficiente que un sistema proteccionista en la protección, incentivo y mercantilización de innovaciones e información.”

En primer lugar mencionaremos las barreras tecnológicas. Algunos productos derivados de la actividad intelectual por su naturaleza permiten desarrollar barreras de tipo físico o tecnológico que permiten la exclusión de consumidores. Estas barreras físicas son comunes en las artes, especialmente en las artes escénicas en las que se venden tiquetes, se presentan en lugares cerrados, etc. Lo mismo sucede con el cine y con la televisión. La

televisión cuando es abierta permite el acceso virtual de cualquier consumidor limitando únicamente el acceso por restricciones geográficas definidas por la potencia de generación. Con todo, la codificación de dicha señal permite al productor de la misma restringir el acceso por intermedio de un decodificador, haciendo que el mercado de dicho tipo de televisión se transforme en un mercado de alquiler de decodificadores. Respecto de cintas de video o CDs de música o DVDs, así como los programas de computadora y otro tipo de bienes intangibles de tipo informático, permiten, por intermedio de mecanismos técnico, autoproteger el bien producido. Por ejemplo,

127 Ibidem, p. 285.

128 Ibidem. Desde un punto de vista estático, es claro que un bien puede ser no rival y no excluente. Con todo la naturaleza y la acción humana son dinámicas, cambiantes y mutables, de manera que no hay razón económica alguna que justifique, desde una perspectiva dinámica, la provisión pública de bienes no rivales no excluente.

129 En los mercados muchos ejemplos interesantes se presentan pero ninguno llama la atención más que el de la moda. En el mercado americano, y bajo la ley americana, no es posible otorgar propiedad intelectual a los diseños de moda. Ahora bien, este impedimento no ha dado lugar a la muerte de la industria de la moda y primavera tras primavera, otoño tras otoño, múltiples nuevos diseños se siguen implementando.

130 Véase: Palmer, Op. cit., p. 78.

existen invenciones que permiten que las cintas de VHS o los DVDs sólo puedan ser leídos por cierto tipo de reproductores, o gusanos derivados de programas de computadora que se activan con el intento de copia, desinstalando el programa objeto de copia. También se usa mucho la llave física en algunos tipos de software. Esto es una parte de hardware que, de no estar presente en el PC impide la reproducción del programa. En los libros, es posible evitar las técnicas de copiado mediante papel especial que impida la copia o en los libros electrónicos eliminar las propiedades de impresión protege aún más al bien.

Otro tipo de mecanismo de exclusión es el derivado del valor agregado de la fidelidad al productor original. El productor original entrega algunos mecanismos de «venta atada» o bienes complementarios que hacen que aquellos no compradores del bien no puedan disfrutar del bien o sólo hacerlo parcialmente incrementando los costos de aprendizaje. Por ejemplo, programas de computadora que entregan a los compradores actualizaciones periódicas, manuales o asistencia técnica remota gratuita. Del mismo modo, otros bienes como la televisión abierta puede co-financiar su producción por intermedio de publicidad en la guía de programación – que también puede ser distribuida gratuitamente. En fin, desde esta perspectiva casi se hacen infinitas las posibilidades.

En tercer lugar están presentes las estrategias de mercadeo. Nada hace que un bien sea más apetecido por el público que generar en él la necesidad del mismo. Por ejemplo, Microsoft incentivó la copia ilícita de Windows al inicio de sus labores. Con esto impuso una restricción a los agentes generándoles la necesidad de usar un sistema operativo familiar para incrementar los costos de aprendizaje de otros sistemas operativos, así se «piratea» en busca de ganancias futuras¹³¹. Ser el primero en un mercado de un producto impone ciertas ventajas sobre la competencia e incluso entrega un mensaje al mercado en el que se reconoce que el primero es quien posee el *know how* sobre el bien. Del mismo modo, el desarrollo de estrategias que permitan diferenciar al producto «original» del producto copiado introduce un incentivo a la compra de bienes producidos por sus creadores, evitando la necesidad del estado en la protección a tal bien.

4. Ineficiencia de los Derechos de Propiedad de Autor y las Patentes de Invención

Para comprender la necesidad del texto anterior, es preciso recalcar la importancia de los mecanismos mercantiles y empresariales en el desarrollo de productos derivados de la información y la innovación. La voluntariedad y los mecanismos contractuales parecen ser más importantes en el desarrollo de mercados que los mecanismos verticales y políticos que pretenden la protección de los mismos. En efecto, los mecanismos voluntarios tienen un papel principal en la internalización de las externalidades que la información por sus características presenta.

Del mismo modo, la voluntariedad y la naturaleza de la información parece cuestionar la eficiencia de los derechos de propiedad de autor y de las patentes de invención, pues como se expresó previamente, su fundamento y justificación son el incentivo a la producción de innovación y la generación de crecimiento económico. Con todo, algunos autores han encontrado que en circunstancias similares, la protección a los derechos de propiedad intelectual no son necesariamente el mejor incentivo a la producción, e incluso algunos autores llegan a afirmar que el escenario en el que no existen derechos de propiedad intelectual se presenta mayor crecimiento y bienestar¹³². Malchup lo expresa de un modo interesante refiriéndose al sistema de patentes al decir:

«No economist, on the basis of present knowledge, could possibly state with certainty that the patent system, as it now operates, confers a net benefit or a net loss upon society... If one does not know whether the system 'as a hole' is good or bad, the safest 'policy conclusion' is to 'muddle through' –either with it, if one has lived long with it, or without it, if ones has lived with out it. If we did not have a patent system, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge of its economic consequences, to recommend instituting one. But, since we have had a patent system for long time, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge, to recommend abolishing it»¹³³.

Esta disyuntiva propia de un autor tan versado como Malchup, nos indica la lodosidad del terreno sobre

131 Vase: Slive, Joshua; Bernhardt, Dan. Pirated for profit. *Canadian Journal of Economics*. Canadian Economics Association. vol. 31(4). pages 886-899.
132 Véase: Feinberg, Robert; Rousslang, Donald. The economic effects of intellectual property right infringements: Scherer, F.M. Nordhaus' theory of optimal patent life: A geometric reinterpretation. *American Economic Review*. No. 62. June; Deardorff, A.V. Welfare effects of global patent protection. *Economics* No. 59, Febrero.
133 Malchup, F. (1958) *An Economic Review of the Patent System*. Study No. 15. A Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyright. Committee of the Judiciary. US Senate. Washington. DC.



el cual se han sustentado desde largo tiempo los derechos de propiedad intelectual. Palmer nos resalta, citando múltiples investigaciones y el estado del arte sobre el tema, que dentro de las industrias que sustentan su producción en Investigación y Desarrollo, I&D, sólo la industria farmacéutica afirma que existe alguna importancia para el sistema de patentes. Precisamente, la mayoría de las industrias que usan patentes solo un tercio de ellas consideran que la existencia de las mismas afecte su negocio, indicando la poca o nula incidencia de dicho sistema en la protección y el crecimiento de la industria¹³⁴.

Ahora bien, estos derechos, sobretudo en el caso de patentes, generan incentivos inversos, por ejemplo. La industria del petróleo está incentivada a controlar industrias de bienes sustitutos como el alcohol de maíz, y de ese modo impedir competencia en el mercado. Así, la investigación y desarrollo se concentra no tanto en la producción o mejoramiento del producto sino en el control de mercados de bienes sustitutos. Del mismo modo, las patentes incentivan a quien ostenta el monopolio temporal a no desarrollar procesos de I&D sobre su producto sino hasta el límite de vencimiento de la patente.

Los derechos de autor tienen un contenido moral que en la mayoría de los casos sobrepasa el contenido patrimonial. Ese contenido moral expresado en derechos sumado al contenido patrimonial se constituye en lo que la legislación de los países del derecho civil llamamos derechos de autor (por ello el plural). Estos derechos pretenden, al igual que los derechos sobre patentes, incentivar la producción intelectual. En la economía neoclásica, a diferencia del caso de las patentes los derechos de autor no muestran una clara correlación entre el crecimiento económico y su protección¹³⁵, sin embargo, es evidente e intuitiva una correlación positiva con el crecimiento del capital humano derivado de la educación y el decrecimiento de las tasas de analfabetismo. Ahora bien, incluso sería absurdo proteger la propiedad intelectual cuando se presentan este tipo de relaciones causales – suponiendo que no hay causalidad inversa – puesto que la exclusión política derivada de la propiedad generaría unos costos de transacción mayores y con ello se impide incluso el crecimiento del capital humano.

Más allá de lo dicho, los derechos de autor en la práctica mercantil se han encontrado más que cualquier

otro ítem de la propiedad intelectual, ante una constante amenaza debido al bajo costo de reproducción. Por ejemplo el software, ha sido el más amenazado debido a que las tecnologías de copiado cada vez son más veloces y permiten procesos de copiado simultáneos. Una paradoja se presenta en este aspecto. Las tecnologías de copiado desarrolladas son vendidas al público transformadas en bienes. Estos bienes, en términos estrictos, están destinados a la violación de los derechos de propiedad intelectual puesto que pocos tendrían una razón mercantil legítima que los incentive a comprar, por ejemplo, un quemador de DVDs para desarrollar múltiples copias de un único disco. El uso justo de la propiedad intelectual está en una clara contraposición con la venta de algunos bienes – por ejemplo, cada computador portátil actual tiene al menos un quemador de CD y/o un quemador de DVD. En ese sentido, proteger la propiedad intelectual implica constreñir el uso de ciertos bienes tangibles, lo cual se hace paradójico pues el derecho sobre una creación del intelecto impone una barrera inmensa al uso de muchos bienes. Más extraño es aun cuando la misma compañía, por ejemplo SONY®, vende CDs o DVDs y a su vez promociona sus aparatos para quemado.

Estos costos de copiado y distribución se han disminuido ostensiblemente por la presencia de nuevas tecnologías de la información como Internet, la cual ha permitido que los costos de la edición, diagramación y demás elementos necesarios para la reproducción de un libro se disminuyan. Del mismo modo, nuevas formas de «plagio» se han desarrollado exponencialmente, indicando la ineficiencia tanto del sistema de derechos como la misma propiedad. El ejemplo de vanguardia, es el de la obra derivada que se presenta en los libros de ficción escritos por fans. Dentro de este tipo ambiguo de violación se ha visto envuelta la obra de J.K. Rowling¹³⁶ la cual ha generado todo tipo de derivaciones escritas por personas completamente diferentes imitando con maestría el estilo del autor, usando hechos descritos en textos anteriores, aclarándolos, complementándolos o desarrollando historias completamente independientes de personajes como los padres de Harry, la vida de amigos del protagonista como Ron Weasley, o incluso, escribiendo casi los cuatro tomos desde la perspectiva de Hermione Granger. Desde luego, Rowling nunca ha autorizado dicha innovación y creatividad, e incluso, siendo claro que los trabajos derivados de la obra son protegidos, la gente ha estado

134 Palmer, op. cit., p. 303.

135 Y es una conclusión obvia pues el modelo neo-clásico de crecimiento se fundamenta en la oferta debido a la in-elasticidad de la misma. De este modo, tal como lo señala el modelo de Solow-Swan, el crecimiento de la tecnología permite junto al crecimiento del capital los desplazamientos de la oferta agregada y con ello crecimiento económico. De esta manera, partiendo del supuesto según el cual el monopolio genera un incentivo a la innovación, necesariamente se deduce que la propiedad intelectual fomenta el crecimiento económico. Para un análisis profundo sobre dichos modelo véase: Sal-i-Martin, Xavier. Apuntes de crecimiento económico. Anthony Bosch. Barcelona, 1999.

136 Autora del mayor best seller mundial, Harry Potter.

dispuesta a violar dichos derechos con la excusa del uso justo o con la simple excusa de la ambigüedad sobre la palabra trabajo derivado¹³⁷. Si la norma no fuera oscura y la colectividad respetara en estricto *sensu* la propiedad intelectual – lo cual es un imposible, ninguno de los trabajos mencionados, ni ninguna de las más de 75000 mil historias referidas a la obra original se hubieran desarrollado¹³⁸. Este hecho nos indica como las normas de propiedad intelectual no sólo no incentiva, sino que impiden la creación.

5. Conclusiones Generales

Varias sub-hipótesis sostuvimos a lo largo de este texto pero todas giraron en torno de una única tesis: la propiedad intelectual para proteger de los derechos de autor y la patentes de invención no son un mecanismo eficiente para incentivar la innovación, la creatividad y mucho menos el crecimiento económico. Para mostrar las sub-hipótesis desarrolladas usamos a favor o en contra los argumentos esgrimidos por Landes, Malchup, Maackay, Palmer, Posner y Demsetz entre muchos otros autores. Estas tesis, enardecidas a lo largo de este artículo, se concentran en tres párrafos que a continuación presentamos con parte de sus no formales demostraciones.

En primer lugar, durante el artículo tratamos de mostrar que los derechos de propiedad intelectual no son el producto de un proceso dinámico y evolutivo, sino que, por el contrario, ellos proceden de privilegios concedidos por el Estado, cuya justificación y fundamento es inválido y equivoco.

En segundo lugar, dado lo anterior, es posible deducir que la propiedad sobre los productos del intelecto, lejos de ser un incentivo a la innovación, se constituye en una restricción a la misma por la naturaleza misma de la información. Del mismo modo, la propiedad sobre la información, como incentivo, procede de una potestad vertical del Estado, que como se dijo, no surge de un proceso espontáneo y evolutivo, sino de un grupo de privilegios restrictivos de la competencia.

En tercer lugar, la existencia de derechos de propiedad sobre la información, en lugar de ser un incentivo al mercado de las ideas es una barrera de entrada al mismo. Así, es posible ver que, sin la existencia de derechos de propiedad intelectual, la actividad creativa y empresarial se constituiría en el mecanismo principal de incentivo a la creación de información e

innovación, eliminando la necesidad de intervención estatal, la cuál de ninguna manera está justificada por la teoría de los bienes públicos ya que ella parte de un principio falaz.

Como llegamos a las conclusiones anteriores: Primero exploramos el sistema de incentivos económicos, dentro de ellos estudiamos a los derechos de propiedad como incentivo y su evolución y fundamentos haciendo énfasis en la necesidad de la escasez para su constitución y el análisis de su estructura. Posteriormente, nos introdujimos a estudiar las fallas del mercado y su relación con la propiedad, concentrándonos en las externalidades, por se la falla que, para nuestro estudio debíamos abordar; del mismo modo profundizamos en el problema económico del reconocimiento de los derechos de propiedad.

Posteriormente, iniciamos el análisis desde la relación entre incentivos, información y propiedad. Para ello, iniciamos clarificando la naturaleza de la información estudiando sus características y su relación con las características de la propiedad sobre bienes tangibles. Luego, analizamos la teoría neo-clásica de la información como bien público indicando sus caracteres de bien público. Enseguida, clarificamos la relación entre información y los derechos de propiedad intelectual analizados, para mostrar como ellos se constituyen de simple información.

En tercer lugar nos introdujimos en el análisis económico de las patentes y los derechos de autor, haciendo un breve repaso del origen económico de la propiedad intelectual, explicando la justificación económica de la misma en su fundamento y justificación moral, para luego desarrollar una crítica al sistema de propiedad sobre productos del intelecto fundada en la crítica a la justificación de la intervención del Estado como regulador de las fallas del mercado. Por último, brevemente mostramos porque existe una ineficiencia en la propiedad intelectual.

Ahora bien, el propósito de este artículo va más allá de la crítica al sistema de propiedad intelectual, el artículo en realidad indica un ejemplo, de muchos posibles, referidos al paternalismo estatal, la restricción de la libertad por intermedio del poder y al derecho vertical. Estas tres características de la sociedad jurídica hoy, son los que elementos impiden la libertad. Tal como indicamos en el texto, el papel del Estado contemporáneo ha entrado al paso de la empresarialidad y la acción

137 Varias páginas web se dedican a publicar este tipo de trabajos. las más famosas son: <http://www.restrictedsection.org> y <http://www.fanfiction.net>.
138 Véase: Eunjung Cha, Ariana. Harry Potter and the copyright lawyer. Washington Post, June 18, 2003.



humana deliberada. Infortunadamente para el Estado, incluso en el más grande de los totalitarismos, la libertad y la empresariedad perviven. El elemento, propio de la condición humana, que permite a la libertad y la empresariedad pervivir, es la competencia. La competencia procede de un proceso dinámico de prueba y error, el cual se condensa en un proceso de descubrimiento que abre el camino para la consecución de fines. Incluso en los sistemas más totalitarios e intervencionistas la competencia está ahí afuera, buscando nichos y lagunas para continuar. Ahora bien, algunos autores han puntualizado que incluso con intervención del Estado la competencia sigue en pie, no a la vuelta de la esquina sino unas cuerdas más allá¹³⁹, sin embargo, esta parece ser una visión sesgada e injustificada, pues de eliminar esa intervención omnímoda y parcializada la interacción y cooperación entre los agentes fluiría con más dinámica, con menos talanqueras, lo cual permitiría la consecución de fines disminuyendo costos de transacción derivados de la intervención y prevaleciendo el verdadero sentido de la libertad.

Para finalizar queremos incluir una cita del economista L.V. Mises referida a lo que podemos esperar de la libertad:

«Freedom and liberty always refer to interhuman relations. A man is free as far as he can live and get on without being at the mercy of arbitrary decisions on the part of other people. In the frame of society everybody depends upon his fellow citizens. Social man cannot become independent with out forsaking all the advantages of social cooperation. The self sufficient individual is independent but he is not free. He is at the mercy of every body who is stronger than himself. The stronger fellow has the power to kill him with impunity. It is therefore nonsense to rant about an alleged «natural» and «inborn» freedom which people are supposed to have enjoyed in the ages preceding the emergence of social bonds. Man was not created free; what freedom he may possess has been given to him by society. Only societal conditions can present a man with and orbit within the limits of which he can attain liberty»¹⁴⁰

139 Maackay. Op. cit., p. 908.

140 Mises. Ludwig von. Human Action. The Scholars Edition. Mises Institute, Auburn, Alabama, 2002, pp. 279 y 280.