

mientras tanto

113

Invierno 2009



MINISTERIO
DE CULTURA

Esta revista ha recibido una ayuda de la Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas para su difusión en bibliotecas, centros culturales y universidades en España, para la totalidad de los números editados en el año 2009.

consejo editorial Alfons Barceló, Lourdes Benería, M^a Rosa Borrás†, Ernest Cañada, Juan-Ramón Capella, Xavier Domènech, José Antonio Estévez Araujo, Josep González Calvet, Antonio Giménez, José Luis Gordillo, Elena Grau, Antonio Izquierdo, Carles Mercadal, Julia López, Miguel Ángel Lorente, Antonio Madrid, Xavier Pedrol, Alejandro Pérez, Gerardo Pisarello, Albert Recio, Víctor Ríos, Jordi Roca, Joaquim Sempere, Héctor C. Silveira Gorski, Giaime Pala, Verena Stolcke, Enric Tello, Josep Torrell

consejo de redacción de esta entrega Juan-Ramón Capella, Xavier Domènech, Antonio Giménez, José Luis Gordillo, Antonio Madrid, Carles Mercadal, Giaime Pala, Xavier Pedrol, Gerardo Pisarello, Albert Recio, Josep Torrell

© Fundación Giulia Adinolfi - Manuel Sacristán
dirección redacción Apartado de Correos 30059, Barcelona

edita **Icaria** ✠ editorial
Arc de Sant Cristòfol, 11-23 / 08003 Barcelona
www.icariaeditorial.com

dirección suscripciones Apartado de Correos 857, Barcelona

cubierta y grafismo Josep Maria Martí

imprime Romanyà/Valls, S.A.
Verdaguer 1, Capellades (Barcelona)

fotocomposició Text-gràfic

depósito legal B-35.842-79

ISSN 0210-8259

publicación trimestral de ciencias sociales

la revista admite colaboraciones en cualquiera de las lenguas peninsulares

ÍNDICE

Afganistán y los atentados multiusos por José Luis Gordillo	5
---	---

Propiedad intelectual

Introducción

La propiedad intelectual: de la voluntad del lobby al texto de la ley por José A. Estévez Araujo	21
--	----

Orwell 2.0: Las implicaciones de la HADOPI sobre la vida en Internet por Sulan Cristina Wong Ramírez	27
--	----

Derechos globales de propiedad sobre la información: La historia del TRIPS en el GATT por Peter Drahos	35
--	----

Negociando con Al Capone: protección a cambio de propiedad intelectual por Peter Drahos	55
---	----

La tragedia de los bienes privatizados: patentes e investigación científica por Sulan Cristina Wong Ramírez	77
---	----

El <i>copyright</i> y el mundo no occidental. Propiedad creativa indebida	
por Joost Smiers	99
Las ideas cercadas: el confinamiento y la desaparición del dominio público	
por James Boyle	123
CUESTIÓN DE PALABRAS	
por Álvaro García	139
RESEÑA	
Resaca ideológica en Wall Sreett	
por Andreu Espasa	143
CITA	149



Impreso en papel ecológico
(libre de cloro).

mientrastanto.e

Mientras tanto está publicando un boletín electrónico de periodicidad mensual. Quienes deseen suscribirse gratuitamente a *mientrastanto.e* pueden solicitarlo a la dirección siguiente:

suscripciones@mientrastanto.org

Afganistán y los atentados multiusos

JOSÉ LUIS GORDILLO

En el 2009, la propaganda bélica occidental dio un vuelco notable. Los pregoneros de la OTAN, en especial los europeos, comenzaron a calificar el conflicto de Afganistán como una guerra, no como una misión humanitaria o de mantenimiento de la paz. La canciller alemana Ángela Merkel fue más lejos y reconoció, sin pelos en la lengua, que es una guerra para «garantizar el acceso a los recursos energéticos»¹. Pero al hablar abiertamente de guerra, se vieron obligados a recurrir a argumentos más contundentes que los «humanitarios» para legitimarla. Si de lo que se trata es de justificar la implicación en un conflicto bélico, los discursos sobre ayuda a la población, liberación de las mujeres o reconstrucción del país, no sirven de gran cosa porque no son suficientemente persuasivos. De ahí que diversos responsables políticos occidentales hayan puesto el acento en los últimos tiempos en la necesidad de evitar que Afganistán vuelva a ser —dicen— un santuario del «terrorismo internacional» desde el que lanzar nuevos ataques como los del 11-S o el 11-M.

Entre dichos responsables se encuentra la ministra de defensa española. El 29 de julio de 2009, la prensa reprodujo la siguiente arenga de Carmen Chacón dirigida a las tropas españolas destacadas en Afganistán: «Los talibanes die-

1. Según informó R. Poch-de-Feliu en: «La investigación del Bundestag sobre la masacre de Kunduz podría durar un año» en *La Vanguardia*, 16 de diciembre de 2009.

ron cobijo a Al Qaeda, que se dedicó a propagar el terror por el mundo. Este terror, como muy bien sabéis, se trasladó a Bali, a Yakarta, a Estambul, a Londres, a Nueva York y se trasladó también a España.»² Para Chacón, por tanto y entre otras cosas, existe una relación entre Afganistán, Al Qaeda y el 11-M. Sin embargo, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, en sus respectivas sentencias sobre los atentados de Madrid, afirman claramente que el grupo acusado de perpetrarlos era local y no tenía ninguna conexión orgánica con Al Qaeda. En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo: «(...), no aparece relación alguna de carácter jerárquico con otros grupos o con otros dirigentes de esa organización [Al Qaeda], lo que permite establecer que la célula que operaba en Madrid, en la medida en que ha sido identificada, no dependía jerárquicamente de otra y por lo tanto puede considerarse a los efectos penales como un grupo u organización terrorista diferente e independiente.»³ Si los jueces llegaron a esa conclusión tras, se supone, examinar las pruebas y los testimonios correspondientes, ¿por qué entonces la ministra estableció esa libre asociación de ideas entre Afganistán, Al Qaeda y el 11-M? La respuesta es para atemorizarnos.

La alianza militar con Estados Unidos comporta apoyo material a todas sus guerras, ya sea mediante el envío de soldados o mediante el permiso para utilizar las bases militares. Pero también conlleva un daño colateral devastador para las meninges de los súbditos de su imperio. Éstos, se supone, también deben creerse a pies juntillas y poniendo cara de tontos todas las mentiras que explican los gobernantes estadounidenses para justificar sus aventuras militares. Ya lo advirtió Manuel Sacristán hace más de dos décadas en un artículo memorable a propósito de la campaña del referéndum sobre la pertenencia de España a la OTAN.⁴

Es bastante probable que esa política propagandística, que persigue como fin primordial asustar a las poblaciones, continúe en los próximos tiempos. Casi con toda seguridad, esa política se alimentará de las versiones gubernamentales sobre diversos atentados, exitosos o fallidos, ocurridos en cualquier lugar del mundo. Al fin y al cabo, eso es lo que han venido haciendo durante los últimos diez años. Para la propaganda bélica occidental, esos atentados, con independencia de su real o supuesta autoría, forman parte de una conspiración *yihadista* mundial que nos tiene en su punto de mira porque quienes forman parte de ella son unos fanáticos que «odian nuestra libertades». Por otra parte, esos atentados, pasados por el tamiz de las «interpretaciones» de

2. *El País*, 29 de julio de 2009.

3. STS, 503/2008, págs. 581-582.

4. M. Sacristán, «La OTAN hacia dentro» en *mientras tanto* 25/5, págs. 123-125.

una legión de expertos *a la violeta*, se han acabado y se acabarán transformando en atentados *multiusos* que igual sirven para un roto que para un descosido. Igual para generar apoyo social a la invasión y ocupación de Iraq o al envío de más soldados a Afganistán, que para el bombardeo de Pakistán o Somalia; igual para justificar el apoyo al Estado de Israel en su lucha contra los «terroristas» palestinos (o los palestinos «terroristas», que tanto da), que para enviar asesores o unidades militares al Yemen; igual para endurecer, todavía más, las medidas de seguridad en los aeropuertos, que para aprobar nuevas medidas antiterroristas que suspenden o restringen derechos y libertades. La jugada la han repetido muchas veces en el pasado y, si no somos capaces de denunciarla con firmeza, la volverán a repetir en el futuro.

Es lo que cabe deducir de las reacciones de los gobiernos de EE.UU y la UE al confuso atentado fallido de Detroit. Varios pasajeros del vuelo 253 de la Northwest Airlines, empezando por el matrimonio de abogados Lori y Kurt Haskell, han declarado a la CNN y a la radio MLive de Detroit⁵ que el «terrorista de los calzoncillos explosivos» se presentó en la sala de embarque de Ámsterdam sin pasaporte pero acompañado por un señor muy bien vestido que consiguió que aquel subiese al avión tras hablar con los responsables de seguridad del aeropuerto. También han dicho que el terrorista iba acompañado en el avión por, al menos, dos cómplices, y que en el aeropuerto de Detroit se detuvo a un segundo pasajero por llevar material explosivo en su equipaje sin que después se informara de ello. Estos testimonios, como mínimo, deberían dar lugar a una investigación policial y judicial lo más exhaustiva posible. Sin embargo, varios gobiernos occidentales, sin demandar esa investigación ni esperar el resultado del juicio correspondiente, han aprobado de forma inmediata nuevas medidas de seguridad en los aeropuertos y han abierto un nuevo frente de batalla en Yemen, además de haber incluido a Cuba, entre otros países, en la lista de estados «patrocinadores de terrorismo». No se necesitan muchos datos más para concluir que las élites occidentales han renovado su apuesta por las *políticas del miedo* consistentes en asustar a las poblaciones para obtener de ellas sumisión y obediencia.

Todo eso comenzó mucho antes del 11-S, pero después de los famosos atentados esa particular forma de manipulación de la opinión pública se ha llevado hasta el paroxismo. La versión oficial sobre su autoría procede en su totalidad de la *junta* de Bush, esto es, del gobierno más mentiroso de la historia de EE.UU., así como del pseudo-informe de una comisión compuesta por personas de su máxima confianza. Esa versión dio credibilidad a la teoría de la conspiración *yihadista* mundial y, simultáneamente, favoreció el incremento

5. Ver http://www.mlive.com/news/detroit/index.ssf/2009/12/fligh_253_passenger_kurt_hask.html

de la islamofobia en las sociedades occidentales, la cual, convenientemente manipulada por los aparatos de propaganda, se ha convertido en un potente recurso ideológico con el que conseguir legitimación social para las guerras del petróleo libradas en varios países musulmanes. Por eso y porque, más en concreto, de ahí procede la principal justificación de la intervención de la OTAN en Afganistán, vale la pena recordar algunas «informaciones» difundidas entre el 11 de septiembre y el 7 de octubre de 2001 (el día que comenzó el ataque norteamericano a ese desdichado país).

11-S: identificar a los autores sin precipitarse

El 14 de noviembre del año pasado se informó de la decisión de llevar a cabo un juicio al «cerebro» del 11-S en Nueva York. También se anunció que el fiscal iba a pedir la pena de muerte para el susodicho «cerebro» que se llama Khaled Sheikh Mohammed. El «cerebro» de unos atentados es alguien que lo sabe todo sobre ellos o, para decirlo de otra manera, es el gran conspirador que conoce todos los detalles de su preparación y ejecución.

Los principales medios de comunicación no mostraron reparo alguno en calificar al sujeto referido como «el cerebro» del 11-S sin anteponer la palabra «presunto» a lo de «cerebro», como si el juicio ya se hubiese celebrado y el acusado en cuestión ya hubiese sido condenado a partir de pruebas fiables, cuando en realidad lo único que se sabe es que se trata de una persona que ha sido sometida en Guantánamo a 183 sesiones de tortura y, tras ellas, ha acabado confesando todo lo que han querido sus torturadores. No hay dato mejor para mostrar el grado de envilecimiento y servilismo alcanzado por los principales medios de comunicación occidentales cuando informan sobre cualquier asunto relacionado con el 11-S.

Ahora bien, quienes sentimos un gran respeto por los derechos a la presunción de inocencia, al *habeas corpus*, a no ser objeto de torturas y malos tratos o a las normas más básicas del Derecho Internacional, nos preguntamos: ¿pero no es eso lo que se debería haber hecho antes que nada?, ¿no se debería haber detenido primero a los presuntos culpables del 11-S, juzgarlos y, en el supuesto de que en el juicio hubieran salido a la luz ramificaciones internacionales en la organización de los atentados, haber acudido a continuación al Consejo de Seguridad para presentar las pruebas correspondientes y solicitar una respuesta multilateral respetuosa con la Carta de Naciones Unidas?

Hasta el 11-S, esa parecía ser la reacción jurídico-política coherente con la legalidad vigente. Y se lo parecía a personas de un amplio espectro ideológico. Sin ir más lejos, el 12 de septiembre de 2001, Federico Trillo-Figueroa, por entonces

ministro de defensa español, declaró a la Cadena SER que la respuesta a los atentados de Nueva York y Washington debía ser «proporcionada», «legítima» y «bien informada»; lo que significaba proporcional al daño causado, acorde con el Derecho Internacional y «dirigida hacia los responsables últimos de las matanzas, evitando que investigaciones posteriores pongan en cuestión una identificación precipitada de los presuntos autores». ⁶ Más allá de nuestras antipatías políticas hacia el PP, se debe reconocer que las palabras de Trillo fueron sensatas y coherentes con todas las normas jurídicas arriba mencionadas.

Sin embargo, lo que el gobierno de los EE.UU hizo en los días posteriores estuvo en las antípodas de las condiciones exigidas por Trillo. Por otra parte, los gobernantes europeos no cuestionaron nada de lo que dijeron e hicieron los dirigentes estadounidenses. En el otoño de 2001, la inmensa mayoría de los dirigentes políticos europeos adoptaron una actitud sumisa muy bien sintetizada en la siguiente frase pronunciada por Josep Piqué, por entonces ministro de asuntos exteriores: «Cualquier acción de EE.UU tendrá su justificación» ⁷. Fue la aplicación al siglo XXI de la vieja consigna del fascismo italiano ¡*Credere, obedire e agire!* (¡creer, obedecer y actuar!). Ninguno de ellos demandó una investigación sobre los atentados como condición previa a cualquier acción (en ese sentido, las declaraciones de Trillo fueron más bien desafortunadas). Lo único que hicieron fue obedecer y actuar a partir de lo que dijeron Bush, Cheney, Rumsfeld y compañía sobre la autoría de los atentados. Claro que aclararse sobre esto último tampoco fue una tarea fácil, porque ¿qué era en concreto lo que había que creerse?

La ceremonia de la confusión sobre la autoría del 11-S

El diario *El País*, al igual que otros muchos periódicos, en fecha tan temprana como el 12 de septiembre de 2001 ya señalaba a Osama Bin Laden como el responsable de los atentados. ⁸ A todas luces, esa noticia no se fundamentaba en investigación alguna. Su anónimo redactor —pues iba sin firma— justificó la asignación de culpabilidad con el especioso argumento de que el nombre de Bin Laden había «surgido en la mente de todo el mundo». También señalaba que el millonario saudí vivía en Afganistán protegido por el régimen de los talibanes.

La fuente de esa noticia —o de ese rumor o de ese infundio— eran los medios de comunicación de EE.UU ¿Y en qué momento del 11 de septiembre se

6. Declaraciones recogidas por *El País*, 13 de septiembre de 2001.

7. *El País*, 23 de septiembre de 2001.

8. La «noticia», publicada en la página 15, se titulaba: «Bin Laden, el enemigo público número uno». El diario, obviamente, se había redactado el mismo 11 de septiembre.

comenzó allí a apuntar con el dedo a Bin Laden? Pues en la mismísima mañana del 11-S. En efecto, Jerome Hauer, especialista en guerra biológica y director del Instituto de Previsión de Salud Pública con la Administración Bush II, dijo en la cadena de televisión CBS a media mañana del 11 de septiembre de 2001: «esto tiene las huellas de alguien como Bin Laden».⁹ Nótese bien: sin investigación ninguna, Hauer ya veía «huellas» de Bin Laden a partir de la simple contemplación televisiva del terrible espectáculo. Para darse cuenta de la gravedad de esa acusación, se puede pensar en una situación imaginaria alternativa en la que el mismo Hauer, en vez de acusar a Bin Laden, hubiera afirmado que veían en los atentados «huellas» de Cuba, Venezuela, Irán, Rusia, China o del propio gobierno estadounidense. Así, sin más, sin haber investigado nada. La desfachatez de Hauer no acaba ahí. Preguntado por Dan Rather, además, sobre si los edificios se podían haber derribado debido a la colocación previa de explosivos, dado que varios periodistas habían dicho que su hundimiento se había producido igual que «esas demoliciones que vemos por televisión», Hauer, sin dejar espacio a la duda y sin aludir a las pesquisas futuras, contestó rápidamente:

«¡NO!, tengo la sensación de que sólo la velocidad del avión y el hecho de que el avión fuera lleno de combustible e impactara contra el edificio, que ardía, eh, la velocidad del avión pudo tener un impacto sobre la misma estructura, y el hecho de que ardió y hubo ese calor tan intenso, probablemente debilitó las estructuras también; creo que simplemente fue por el impacto de los aviones sobre los edificios lo que causó el desplome.»¹⁰

En este peliagudo asunto, hay que reconocerle a Hauer un ojo clínico privilegiado –poniendo más énfasis en lo de privilegiado que en lo de clínico–, pues en ese momento todo el mundo estaba en estado de *shock* y los bomberos e ingenieros se preguntaban, atónitos, cómo había sido posible que se hubiesen hundido dos edificios de 110 pisos con estructura de acero en sólo diez segundos.

La impresión de que Hauer tenía un punto de vista privilegiado se incrementa al recordar que esa fue, precisamente, la versión sobre la autoría y sobre las causas de la catástrofe del WTC que en los días posteriores hicieron suya la *junta* de Bush y el resto de gobiernos y medios de comunicación occidentales, entre ellos *El País*, que el 12 de septiembre de 2001¹¹ también repetía y daba por buena la explicación sobre las causas del hundimiento de los edificios explicada por Hauer (aunque sin citarlo).

9. <http://investigar11s.blogspot.com/2010/01/911-como-nos-vendieron-la-moto.html>

10. *Ibidem*

11. En concreto en la página 6 de la edición del periódico de ese día.

No obstante, dos semanas más tarde se difundieron otras noticias que planteaban dudas muy serias sobre la supuesta responsabilidad del ubicuo Bin Laden. Así, el mismo *El País*, el 26 de septiembre de 2001, dejaba caer la siguiente perla: «La prensa de EE.UU dice que el FBI no tiene aún pruebas contra Bin Laden». La prensa citada era *The New York Times* del día anterior, el cual había explicado que «las autoridades no han encontrado pruebas concretas que conecten a los suicidas con Bin Laden». Pero había más problemas. Por un lado, una semana antes Richard Cheney había dicho que no estaba seguro «de que Bin Laden estuviese todavía en Afganistán»,¹² una duda razonable pues tanta insistencia en que estaba escondido en Afganistán podía haber provocado su huida de ese país. Por otra parte, el 20 de septiembre de 2001, el mismo periódico había informado: «El espionaje militar israelí acusa a Irak de patrocinar los atentados contra EE.UU», para añadir en el texto de la noticia: «Dichas fuentes [del espionaje israelí] sostienen que el jefe del espionaje iraquí es Qusai Hussein, hijo de Sadam, y que es muy probable que su organización esté implicada en los atentados.» Una «información» considerada verdadera por James Woolsey, antiguo director de la CIA,¹³ el 18 de octubre de 2001.

Por si esto no fuera suficientemente desconcertante, el 16 de septiembre, Bush había anunciado en rueda de prensa que la respuesta a los atentados consistiría en «una guerra global y larga contra varios países que acogen grupos terroristas» y no sólo en una guerra contra Al Qaeda.¹⁴ Según el que fuera presidente de EE.UU., estos países eran unos sesenta contando por lo bajo, lo que equivalía a más de la cuarta parte de los Estados existentes. Semanas más tarde, se hizo pública una lista de decenas de organizaciones «terroristas», muy bien repartidas por el mundo, que fueron presentadas como los objetivos a abatir en la citada guerra. Cuando Bush dio la orden de atacar Afganistán, el 7 de octubre, envió una carta al Secretario General de las Naciones Unidas en la que le comunicaba que lo había hecho en ejercicio del derecho a la legítima defensa, pero advirtiéndole que: «...una vez avancen las investigaciones acaso lleguemos a la conclusión de que nuestra legítima defensa requiere más acciones contra otras organizaciones y otros Estados.»¹⁵

Por tanto, el 7 de octubre el gobierno estadounidense ordenó atacar Afganistán sin haber concluido sus investigaciones sobre el 11-S. «Todo el mundo», para

12. *El País*, 18 de septiembre de 2001.

13. En un artículo publicado en *The Wall Street Journal*, el 18 de octubre de 2001

14. *El País*, 17 de septiembre de 2001.

15. Ver A. Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 1142.

repetir la frase de *El País*, tenía la absoluta certeza de que su responsable era Bin Laden aunque el FBI no podía aportar pruebas de ello. Se atacaba Afganistán a pesar de que era probable de que Bin Laden y sus acólitos de Al Qaeda ya no estuviesen allí porque hacía semanas que, a bombo y platillo, se venía anunciando el ataque. Por su lado, el espionaje israelí señalaba a Sadam Hussein como patrocinador de los atentados. Mientras tanto, la *junta* de Bush, aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, había declarado una guerra «larga» contra más de la cuarta parte de los Estados existentes aduciendo que daban cobijo, refugio o financiación a decenas de grupos terroristas que no tenían absolutamente nada que ver con el 11-S. ¿Quién se podía tomar en serio semejante sarta de despropósitos?

En todo caso, estas «informaciones» excluían la posibilidad legal de apelar, ni siquiera retóricamente, al derecho a la legítima defensa del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas. Declarar una guerra global e indefinida contra el «terrorismo internacional», esto es: ¡contra un concepto!, no se podía considerar propio de personas cuerdas ni, mucho menos, proporcional al daño causado. Por otro lado, el gobierno de los EE.UU no presentó ni una sola prueba de lo que decía al Consejo de Seguridad de la ONU. Es más: por no hacer, ni siquiera se molestó en montar una pantomima semejante a la que protagonizaría Colin Powell un año y medio después para intentar justificar la invasión de Iraq. Por último, la legítima defensa se dirige, obviamente, contra quien te ataca, y el gobierno de los EE.UU nunca acusó a los talibanes de ser los autores del 11-S, sino de haber dado refugio a Al Qaeda que es algo muy distinto desde un punto de vista jurídico.

La única conclusión que una persona sensata podía extraer de todas estas «informaciones» era que el gobierno de los EE.UU había orquestado una monumental ceremonia de la confusión para llevar a la práctica una agenda política pensada y decidida con mucha anterioridad al 11-S. Esa ceremonia sirvió -y sirve todavía- para dar cobertura ideológica a dos guerras que han provocado centenares de miles de muertos y para lleva a cabo un drástico recorte de nuestros derechos y libertades.

Unos atentados misteriosos

Transcurridos nueve años desde el inicio de la guerra de Afganistán, ni se ha encontrado a Bin Laden, ni se ha acabado con Al Qaeda, ni se ha llevado a cabo una verdadera investigación sobre los atentados del 11-S. Porque si alguien cree que el informe de la Comisión del 11-S es el resultado de una investigación seria, rigurosa e independiente, debería saber que de ella han renegado hasta sus principales responsables. El 2 de enero de 2008, en un

artículo publicado en *The New York Times*, Thomas Kean y Lee Hamilton, presidente y vicepresidente de la Comisión, acusaron a la Administración Bush de haber obstaculizado las investigaciones sobre los atentados. Eso era lo mismo que afirmar que el informe era un fraude, ya que sin la colaboración de la Administración no se puede contestar a la principal pregunta que debe responder toda investigación seria sobre el 11-S, a saber: ¿por qué durante cerca de dos horas no tuvieron eficacia alguna los rígidos procedimientos de protección del espacio aéreo de EE.UU? ¹⁶ Es más: ese informe asigna a Bin Laden un protagonismo central en la conspiración previa a los atentados a pesar de que, hasta el día de hoy, el FBI sigue afirmando que no dispone de pruebas para poder acusarlo de tal cosa. Algo que puede comprobar todo el mundo entrando en la página web del FBI. Ahí se lee que se persigue a Bin Laden por considerarlo sospechoso de los atentados de 1998 contra las embajadas norteamericanas de Kenia y Tanzania, así como de otros atentados «ocurridos en el mundo», pero no se le hace ninguna acusación concreta en relación con el 11-S. Ante un hecho tan escandaloso, varios periodistas han preguntado al FBI por la razón de esta omisión. Su respuesta ha sido que no disponen de pruebas para acusar a Bin Laden de ser el responsable de los atentados. ¹⁷

De los famosos campamentos de Al Qaeda en Afganistán, nunca más se supo. Algunos de sus supuestos integrantes fueron a parar a Guantánamo, pero ahora sabemos que el 99% de los allí recluidos nunca ha tenido nada que ver con el 11-S. Los pocos de los que se dice que sí tienen que ver, no pueden ser juzgados por tribunales ordinarios porque no existen pruebas contrastadas que justifiquen su culpabilidad. De ahí que deban ser torturados para hacerles confesar cualquier cosa y juzgados después por unas comisiones militares secretas que violan todos los requisitos de la tutela judicial con garantías. La única excepción sería el mencionado «cerebro» del 11-S, que Obama quiere que sea juzgado en Nueva York.

El nuevo presidente de EE.UU hizo pública esa decisión tras cesar en su cargo a Anthony Van Jones, su principal asesor en materia de medio ambiente, por haber suscrito en 2004 un manifiesto en el que se solicitaba una nueva investigación sobre el 11-S. ¹⁸ Llama la atención también que el anuncio de

16. Para una crítica sin concesiones al informe de la Comisión, ver: D. Ray Griffin, «Il Raporto della Commissione sull'11 settembre. Il capolavoro di omissione e mistificazione di Philip Zelikow» en AA.VV, *ZERO. Perché la versione ufficiale sull'11/9 è un falso*, Casale Monferrato, Edizione Piemme Spa, 2007, págs. 29-52.

17. Ver Ed Hass, «No hard evidence connecting Bin Laden to 9/11» en *Muckraker Report*, 6 june de 2006, www.muckrakerreport.com/id267.html

18. Ver el manifiesto en www.voltairenet.org/article122971.html.

juicio se haya hecho después de que 80.000 neoyorkinos hayan solicitado la convocatoria de un referéndum¹⁹ de ámbito municipal en el que se pregunte a la población de Nueva York si desean que se abra una nueva investigación sobre los atentados. Ambas iniciativas presagian un choque de trenes estrepitoso: esos 80.000 neoyorkinos no se van a quedar de brazos cruzados cuando se celebre el juicio al supuesto «cerebro» del 11-S, esto es, al gran conspirador según la teoría oficial de la conspiración.

Es posible que el lector de estas líneas no tenga noticia alguna de la citada movilización de los ciudadanos de Nueva York, ya que ningún gran medio de comunicación español ha dicho ni pío sobre esta. También es posible que piense que se trata de 80.000 locos, porque ¿cómo se puede dudar de la versión oficial del 11-S? Pues, de entrada, porque los ciudadanos de Nueva York son tan sensibles a las sucesivas y contradictorias atribuciones de responsabilidad del 11-S como lo fuimos nosotros ante un comportamiento similar de las autoridades en relación con el 11-M. Asimismo han prestado mucha atención a todos los datos, hechos y pruebas²⁰ que, con muchas dificultades, se han ido conociendo en los últimos nueve años. La noticia de que un equipo de científicos²¹ ha encontrado restos de un explosivo de uso militar en el polvo generado por el hundimiento de los tres edificios del WTC (como se informó en el número anterior de esta revista en una nota editorial) ha causado una verdadera conmoción en Nueva York. No podía ser de otra manera. ¿No sucedería lo mismo aquí si se tuviera conocimiento de algo similar en relación con el 11-M? La iniciativa ciudadana ha surgido de la campaña *New York City Can* («la ciudad de Nueva York puede») impulsada por familiares de las víctimas de los atentados. Su batalla ¿sólo tiene un interés local? ¿Les vamos a dejar solos y aislados? ¿No les vamos a conceder ni el beneficio de la duda? ¿Nadie va a invitar a alguno de sus portavoces a venir a España para que, al menos, podamos escuchar y discutir sus razones? Si solicitaran nuestro apoyo ¿se lo daríamos? Sería desolador que no hiciéramos nada de eso por miedo a que nos tachen de conspiranoicos, por oportunismo político o porque Noam Chomsky no ha dicho que haya que hacerlo.

19. Acogiéndose a una norma de ámbito municipal que permite convocar referéndums por iniciativa popular. Para más información de esta iniciativa consultar: www.nyccan.org/index.php

20. La exposición más actualizada de los mismos se puede encontrar en el libro de Éric Raynaud, *11 Septembre. Les vérités cachées*, Éditions Alphonse-Jean Paul Bertrand, 2009. Este libro debería ser traducido de forma inmediata al castellano

21. El artículo en el que se explica dicha investigación se puede bajar en inglés de www.investigarl1s.org/7TOCPJ.PDF, y en castellano de www.investigarl1s.org/articulos espanol.pdf

Afganistán en el gran tablero mundial

Como se apuntó más arriba, la intervención en Afganistán fue la primera traducción práctica de una doctrina que afirma que los países de la OTAN pueden atacar, incluso preventivamente, cualquier país del mundo aduciendo que da refugio a terroristas. Se trata de una doctrina cuyo carácter imperialista es fácil de mostrar: los Estados que la propugnan nunca aceptarían que otros Estados les atacasen a ellos apelando a los mismos argumentos. Lo que se hace después del 11-S es un verdadero golpe de estado al orden jurídico internacional con el que se pretendió normalizar las intervenciones de las grandes potencias allí donde peligran sus intereses geoestratégicos o de aprovisionamiento energético.

Quienes hayan leído *El gran tablero mundial* de Zbigniew Brzezinski, uno de los libros más influyentes en la geopolítica norteamericana de los últimos años, saben que la penetración occidental en Asia central era un proyecto que estaba en la mente de los estrategas norteamericanos bastante antes del 11-S.

Brzezinski afirmaba en 1997:

Ha llegado la hora de que los Estados Unidos formulen y ejecuten una geoestrategia integrada, extensa y a largo plazo para toda Eurasia [Europa y Asia]. Esta necesidad se deriva de la interacción de dos realidades fundamentales: los Estados Unidos son actualmente la única superpotencia global y Eurasia es el principal campo de juego del planeta. De ahí que lo que suceda con la distribución de poder en el conjunto euroasiático tendrá una importancia decisiva para la primacía global y para el legado histórico estadounidense.²²

Según el que ahora es uno de los asesores más importantes de Obama, Eurasia [Europa y Asia] es el mayor continente del planeta y su eje geopolítico porque contiene dos de las tres regiones del mundo más avanzadas y económicamente más productivas. En ellas se produce el 60% del Producto Mundial Bruto (PMB), vive el 75% de la población mundial y se concentran las 3/4 partes de los recursos energéticos conocidos,²³ un hecho crucial en la perspectiva de Brzezinski ya que:

El consumo mundial de energía está destinado a crecer mucho en las próximas dos o tres décadas. Las estimaciones del Departamento de Energía de Estados Unidos indican que la demanda mundial crecerá en más del 50% entre 1993 y el 2015, y que el aumento de consumo más significativo tendrá

22. Z. Brzezinski, *El gran tablero mundial*, Paidós, Barcelona, 1998, pág. 197.

23. *Idem*, págs. 39-40.

lugar en el Lejano Oriente. El ímpetu del desarrollo de Asia ya está generando importantes presiones para que se exploren y se exploten nuevas formas de energía, y se sabe que las reservas de Asia Central y de la cuenca del mar Caspio contienen reservas de gas natural y de petróleo que superan ampliamente las de Kuwait, el golfo de México o el mar del Norte.²⁴

Con anterioridad al 11-S, las élites estadounidenses tenían muy presente todos los problemas internos y las tensiones internacionales que podía desencadenar el final de la era del petróleo abundante y barato. Para ilustrarlo se puede citar a Richard Cheney, el verdadero «cerebro» –este sí que lo fue- de la Administración Bush. En una conferencia pronunciada en el otoño de 1999 en el Instituto del Petróleo de Londres, cuando aún era jefe ejecutivo de la empresa Halliburton, Cheney explicó: «El petróleo es la base y fundamento sobre el que se sustenta todo el edificio de la economía mundial», y también: «El petróleo es algo único y por eso es un recurso natural tan estratégico. No estamos hablando aquí de jabón en escamas o de ropa de andar por casa. La energía es algo verdaderamente fundamental para la economía mundial. La Guerra del Golfo ha sido un fiel reflejo de esta realidad.»²⁵ Para añadir más adelante:

Por lo que respecta al mundo, se espera de las compañías petrolíferas que mantengan los descubrimientos y desarrollen suficiente crudo como para compensar los más de 71 millones de barriles que se agotan cada día, además de encontrar los que satisfagan la nueva demanda. En efecto, algunos estiman que la demanda mundial de petróleo sufrirá un aumento de un 2% anual durante los próximos años mientras que simultáneamente se producirá un declive mínimo de un 3% en la producción por el agotamiento de las actuales reservas. Esto quiere decir que para el 2010 necesitaremos del orden de 50 millones de barriles adicionales cada día. ¿De dónde va a salir este petróleo?

Durante la primavera de 2001, Cheney presidió un grupo encargado de evaluar los problemas de «seguridad energética» de EE.UU y de proponer soluciones al respecto. La principal de ellas fue seguir apostando por la dependencia del petróleo, sabiendo que esa opción tenía unas implicaciones militares evidentes.²⁶

Afganistán no tiene grandes reservas de gas y petróleo,²⁷ pero sí países vecinos que las poseen en abundancia, como Rusia, Irán, Azerbaiyán, Kazajistán,

24. *Idem*, págs. 130-131.

25. El texto de la conferencia de R. Cheney se puede encontrar en www.crisisenergetica.org/staticpages/pdf-rtf/Dick_Cheneys_speech-Traduccion.pdf.

26. Ver Michael T. Klare, *Sangre y petróleo*, Urano, Barcelona, 2006, en especial págs. 93-117.

27. Aunque sí opio en abundancia. El tráfico de esta sustancia estupefaciente es una actividad comercial muy lucrativa. *The New York Times*, el 27 de octubre de 2009, informó que el hermano de Karzai,

Turkmenistán o Uzbekistán.²⁸ También tiene vecinos que necesitan acceder a ellas, como China, y vecinos como Irán y también China que EE.UU percibe como potencias regionales que entorpecen sus planes para alzarse como actor dominante en la región. Por último, «el campo de juego euroasiático» está compuesto asimismo por los países por donde pasan o pueden pasar los oleoductos y los gaseoductos que deben transportar los recursos energéticos. Afganistán podría ser uno de esos países y, más en concreto, un país por el que podrían pasar los oleoductos y gaseoductos que por razones políticas no conviene que pasen por Rusia o por Irán, pues dada su no sumisión a EE.UU, rusos e iraníes podrían chantajear a los países occidentales cerrándoles las espitas del gas o del petróleo de un modo similar a como Rusia ha chantajado a Ucrania en los últimos años.

La democracia y las políticas imperialistas

Quienes hayan leído *El gran tablero mundial* también saben que Brzezinski se mostraba, en general, optimista sobre las posibilidades de consolidar la supremacía de EE.UU alcanzada con la victoria en la guerra fría. Pero ese optimismo no le impedía ver algunos nubarrones en el camino hacia la *pax americana*. Uno de esos nubarrones tenía que ver con las peculiaridades de la sociedad estadounidense; según Brzezinski:

También es cierto que los Estados Unidos son demasiado democráticos a nivel interno como para ser autocráticos en el exterior. Esto limita el uso del poder estadounidense, especialmente su capacidad de intimidación militar. Nunca antes una democracia populista había alcanzado la supremacía internacional. La persecución del poder no es una meta que despierte pasiones populares, salvo en el caso de que, de pronto, el bienestar doméstico se vea amenazado. Los esfuerzos económicos (es decir, el gasto de defensa) y los sacrificios humanos (las bajas, incluso las de soldados profesionales) necesarias son poco compatibles con los instintos democráticos. La democracia es contraria a la movilización imperial.²⁹

Dicho en palabras más pobres pero más claras: a los ciudadanos estadounidenses no les gustan las guerras imperialistas y eso plantea un problema de gran envergadura para iniciarlas. Ahora bien, que no les gusten no equivale a que sean pacifistas. Si se sienten amenazados se pueden mostrar dispuestos

Ahmed Wali Karzai, era responsable de la proliferación del tráfico de opio en Afganistán y que había cobrado de la CIA durante los últimos ocho años, es decir, desde la intervención norteamericana.

28. Ver. Michael T Klare., *Planeta sediento, recursos menguantes. La nueva geopolítica de la energía*. Urano, Barcelona, 2008, en especial el capítulo titulado «Bombeando en el Caspio», págs. 167-205.

29. Brzezinski, *op.cit.*, pág. 44.

a apoyar los esfuerzos económicos y los sacrificios humanos que comporta la política imperial. En palabras de Brzezinski:

(...), a medida que los Estados Unidos se vayan convirtiendo en una sociedad cada vez más multicultural, puede que la tarea de forjar un consenso en temas de política exterior resulte más difícil, excepto en caso de una amenaza externa directa verdaderamente generalizada y mayoritariamente considerada como tal. Tal consenso existió, en términos generales, durante la Segunda Guerra Mundial e incluso durante la guerra fría. Estaba basado, sin embargo, no sólo en valores democráticos profundamente compartidos que la opinión pública percibía como amenazados, sino también en una afinidad cultural y étnica con las víctimas, predominantemente europeas, de los totalitarismos hostiles.

A falta de una amenaza exterior comparable, la sociedad estadounidense tendrá muchas dificultades para llegar a un acuerdo sobre aquellas políticas exteriores que no puedan relacionarse directamente con creencias fundamentales y afinidades étnico-culturales muy extendidas y que exijan, sin embargo, un compromiso imperial durable y a veces costoso.³⁰

Como si de pronto todos los dioses del universo hubiesen leído a Brzezinski y compartido sus preocupaciones, el 11 de septiembre de 2001 se producen unos atentados terribles en Nueva York y Washington que son presentados por la Administración Bush como la manifestación más dramática de una amenaza global contra las sociedades occidentales. Cabalgando el caballo del odio y la venganza, el gobierno de los EE.UU declara, como se ha dicho más arriba, una «guerra contra el terrorismo» de alcance planetario. A todas luces se trataba de una guerra que no se podía ganar porque se proponía un fin etéreo y en un plazo de tiempo indefinido. Nueve años después nadie es capaz de afirmar quién va ganando y quién va perdiendo esa peculiar guerra, y lo mismo ocurrirá dentro de diez o veinte años.

Por otra parte, los mismos dirigentes norteamericanos dijeron en 2001 que Al Qaeda se había implantado en diversas zonas del mundo, no sólo en Afganistán, y que Osama Bin Laden disponía de otras redes terroristas con las que atacar a los países occidentales.³¹ De eso se deducía que invadir y ocupar Afganistán no serviría de nada para prevenir nuevos ataques a EE.UU y la UE. Si a los ubicuos terroristas los echaban de Afganistán, entonces se irían a Pakistán (como dicen ahora los dirigentes de la OTAN que han hecho los *yihadistas* de Al Qaeda). Pero también se pueden ir a Sudán,

30. *Idem*, págs. 213-214.

31. Como explicó Donald Rumsfeld, ver *El Mundo*, 26 de octubre de 2001.

Yemen, Indonesia, Filipinas, Iraq, Irán, Líbano, Argelia, Marruecos, Mauritania, Mali, Gaza, Arabia Saudí, Líbano, Chechenia, China, Bali o, ya puestos, a la Antártida, a conspirar con los pingüinos. A todos esos países se pueden sumar los Estados restantes acusados por los gobiernos occidentales de dar refugio a grupos «terroristas». Al fin y al cabo, las listas de «organizaciones terroristas» las hacen ellos, al igual que la lista de Estados «patrocinadores de terrorismo». En este asunto, los gobiernos de la OTAN actúan como el Juan Palomo del refrán: ellos se lo guisan y ellos se lo comen de una forma absolutamente autoritaria, tanto a nivel interno como a nivel internacional. Eso les permite ir redefiniendo a placer el «enemigo» contra el que dicen estar librando esa guerra (o lucha, como prefiere ahora Obama) eterna y global. Es lo bueno de declarar la guerra (o la lucha) a un concepto, arrogarse la función de ser el intérprete más autorizado de su significado y, a continuación, asignarlo a quien convenga en función de intereses geoestratégicos. Si el apoyo de las poblaciones occidentales flaquea o se vuelve decididamente hostil, siempre se puede elevar la temperatura de las *políticas del miedo* exagerando amenazas reales, inventándose de nuevas o recurriendo a los atentados de *falsa bandera*, una actividad en la que EE.UU y la OTAN tienen una larga experiencia adquirida en los años duros de la guerra fría.³²

Apagar el televisor y analizar los hechos

El periodista Ron Suskind explicó, hace ya seis años, que un asesor de primer fila de Bush le dijo en el verano de 2002 que él [Suskin] formaba parte de lo que los gobernantes norteamericanos denominaban «la comunidad basada en la realidad» (*the reality-based community*), compuesta por aquellas personas que todavía formulaban sus juicios y proponían soluciones a partir de un análisis de los hechos. Suskind estuvo de acuerdo con esa afirmación y aludió a la Ilustración y al empirismo para justificar lo que le parecía una obviedad. Pero según dicho asesor, que algunos identificaron después como Karl Rowe, «el mundo ya no funciona en realidad de esa manera», ya que: «Ahora somos un imperio, y cuando nosotros actuamos, creamos nuestra propia realidad. Y mientras vosotros estudiáis esta realidad, nosotros actuamos de nuevo y creamos otras realidades nuevas, que vosotros podéis estudiar igualmente, y es así como pasan las cosas. Nosotros somos los actores de la historia (...) Y a ustedes, a todos ustedes, no les queda otra cosa que estudiar lo que nosotros hacemos».³³

32. Ver Daniel Ganser, *Gli eserciti segreti della NATO. Operazione Gladio e terrorismo in Europa Occidentale*, Fazi Editore, Roma, 2005.

33. *Vid.* Ron Suskind, «Without a doubt» en *The New York Times Magazine*, 17 de octubre de 2004.

El complemento perfecto a esta cínica reflexión es el apesadumbrado *mea culpa* de Dan Rather, el periodista que fuera presentador *estrella* de *CBS News*, expresado el 16 de mayo de 2002, en un programa de la BBC, al afirmar que tras el 11-S «un patriotismo desbocado» había inducido a los periodistas norteamericanos a practicar la autocensura y a no hacer preguntas incómodas a los gobernantes por miedo a ser tachados de traidores a la patria. Para ilustrarlo, explicó: «(...) hubo tiempos en Sudáfrica en los que se ponían neumáticos ardiendo en el cuello de aquellos que disientían (...), y de alguna manera, aquí te van a hacer lo mismo, te van a poner en el cuello un neumático ardiendo de falta de patriotismo. Es ese miedo que impide a los periodistas hacer las preguntas más comprometedoras.»³⁴

Si todavía formamos parte de la «comunidad basada en la realidad» debemos perder, en primer lugar, el miedo a que nos pongan un neumático ardiendo en el cuello y, en segundo lugar, debemos ser capaces de vertebrar una acción eficaz con la que hacer frente al nuevo autoritarismo que manipula nuestros miedos y nos obliga a comulgar con ruedas de molino del tamaño del Everest.

Bibliografía

- AA.VV, *ZERO. Perché la versione ufficiale sull'11/9 è un falso*, Casale Monferrato, Edizione Piemme Spa, 2007.
- Brzezinski, Z., *El gran tablero mundial*, Paidós, Barcelona, 1998
- Ganser, D., *Gli eserciti segreti della NATO. Operazione Gladio e terrorismo in Europa Occidentale*, Fazi Editore, Roma, 2005 (es traducción italiana de *Operation Gladio. NATO's Secret Stay-Behind Armies and Terrorism in Western Europe*, Frank Cass, London, 2005).
- Klare, M. T., *Sangre y petróleo*, Urano, Barcelona, 2006.
- Klare, M. T., *Planeta sediento, recursos menguantes. La nueva geopolítica de la energía*. Urano, Barcelona, 2008
- Paye, J.-Cl, *La fin de l'Etat de Droit: la lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*, La Dispute, Paris, 2004.
- Raynaud, E., *11 Septembre. Les vérités cachées*, Éditions Alphée-Jean Paul Bertrand, 2009.
- Ruppert, M. C., *Crossing the Rubicon. The decline of the American Empire at the end of the Age of Oil*, New Society Publishers, Gabriola Island, Canada, 2004.
- Sacristán, M., «La OTAN hacia dentro» en *mientras tanto* 25/5, 1986, págs. 123-125

34. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/programms/newsnight/1991885.stm>

Propiedad intelectual

Introducción

La propiedad intelectual: De la voluntad del lobby al texto de la ley

JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAUJO

I

El mes de enero pasado el gobierno español presentó el anteproyecto de la ley de «Economía Sostenible». En su disposición final primera, este anteproyecto contiene una serie de medidas para combatir el tráfico de material protegido por copyright a través de Internet. Se trata de la que inmediatamente sería conocida como «ley antidescargas». La presentación del anteproyecto ha suscitado una reacción airada por parte de la comunidad internauta. Se ha señalado que la entrada en vigor de la disposición final constituiría una vulneración de varios derechos fundamentales y, entre otras cosas, se ha puesto en marcha una campaña de desobediencia civil en la red.

Cabe preguntarse por qué ha decidido el gobierno español presentar una propuesta tan polémica precisamente en un momento en que su desgaste político es tan evidente. La razón hay que buscarla en un informe que elaboró el año pasado la *International Intellectual Property Alliance* (IIPA) sobre la protección de la propiedad intelectual. La IIPA es un lobby que reúne a las principales compañías editoriales, de entretenimiento y de software norteamericanas. Esta organización se encarga de realizar anualmente un informe

para el gobierno norteamericano sobre la eficacia de la protección de la propiedad intelectual en los diversos países del mundo. A su vez, las valoraciones y propuestas de la IIPA sirven de base para el informe anual que la Oficina del Representante para el Comercio de Estados Unidos (*Office of the United States Trade Representative*) realiza en relación con el famoso art. 301 de la Ley de Comercio norteamericana. El informe 301 contiene una «lista negra» (*watch list*) en la que se incluye a los países que no protegen adecuadamente la propiedad intelectual. La inclusión en esa lista es un preludeo que amenaza con la imposición de sanciones comerciales, si el país en cuestión no adopta las medidas que en el propio informe se señalan. Por recomendación de la IIPA, España fue mantenida en la *wacht list* del informe de 2009.

Un examen de los tres documentos pone de manifiesto cómo las preocupaciones y recomendaciones de la IIPA pasan al informe 301 y, de ahí, a la ley española.

El lobby norteamericano se muestra especialmente preocupado por dos cuestiones. La primera es que no se persigue con suficiente firmeza la «piratería rampante» en España. La segunda es que las compañías proveedoras de servicios de Internet no proporcionan los datos necesarios para demandar a dichos infractores. A la IIPA le parece escandaloso que una circular de la fiscalía del año 2006 «descriminalice» la descarga de archivos de Internet, ya que «exacerba» los «altos niveles de piratería» existentes en nuestro país. Dicha circular debería ser «rescindida» según la Alianza, recomendación que también contiene el informe 301. En realidad, la circular no descriminaliza las descargas (cosa que no tendría competencia para hacer). Lo único que dice es que, de acuerdo con la legalidad vigente, no constituyen un delito por no concurrir en ellas el elemento subjetivo del ánimo de lucro. Sólo es delito la copia ilegal de archivos si su destino es la venta. Eso no quita, según la Fiscalía, que los responsables puedan ser demandados civilmente.

La IIPA se muestra también muy molesta por la sentencia de un tribunal de Valencia en la que se señala que el uso de dispositivos para neutralizar los mecanismos de protección anti-copia no constituye delito alguno. En un ejercicio de respeto a la independencia judicial, la IIPA dice que debe evitarse que otros tribunales dicten sentencias similares. De hecho, las sentencias judiciales son tomadas en consideración por la IIPA sólo si favorecen sus intereses. Debe evitarse que se repita otra sentencia como la del tribunal valenciano. Sin embargo, tiene que tomarse muy en cuenta una sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, que obliga a *Telefónica* a proporcionar datos de los usuarios de sus servicios de acceso a Internet, a los demandantes civiles en casos de infracciones de la propiedad intelectual. De esta forma, quie-

nes violen los derechos de propiedad intelectual podrían ser adecuadamente perseguidos por la vía judicial civil.

El informe 301 del año 2009 se hace eco de las preocupaciones de la IIPA. También al gobierno norteamericano le preocupa la circular de la fiscalía del año 2006. También considera que la «piratería» no es adecuadamente perseguida en España y, por eso, siguiendo las recomendaciones del lobby mantiene a España en la lista negra. Es entonces cuando le toca hacer los deberes al gobierno español. Tiene que tomar medidas para evitar que el enfado del gobierno norteamericano pase a mayores. Y por ello incluye unas disposiciones en una ley que en principio se ocupa de otra cosa. ¿Qué establecen esas disposiciones? Por un lado, mecanismos para obtener los datos de quienes descarguen películas o música de Internet. Por otro lado, la creación de un organismo dependiente del Ministerio de Cultura que podría cerrar o bloquear las páginas web que faciliten ese tipo de descargas. De ese modo, el círculo que se inicia en la voluntad del lobby norteamericano acaba por cerrarse en el texto de la ley española.

II

El caso de la «ley de descargas» española no es un episodio aislado. No se trata de un ejercicio extemporáneo del «poder imperial». También Francia ha tenido que implantar medidas parecidas. El artículo de Sulan Wong sobre la ley HADOPI, contenido en este mismo número, lo pone claramente de manifiesto.

A su vez, el caso español y francés se inscriben en una estrategia norteamericana más amplia para globalizar la protección de la propiedad intelectual que se puso en marcha a finales de los ochenta. Dicha estrategia persigue que los titulares de patentes, derechos de copyright o marcas registradas (especialmente norteamericanos) vean adecuadamente protegidos sus intereses en todos los países del mundo.

Un hito fundamental de esa estrategia lo constituyeron los acuerdos ADPIC aprobados en 1994. Los Acuerdos de Propiedad Intelectual relativos al Comercio (TRIPS en sus siglas inglesas) se adoptaron en la ronda Uruguay del GATT, que dio nacimiento a la Organización Mundial del Comercio (OMC/WTO). El primero de los dos artículos de Peter Drahos reproducidos en este número pone de manifiesto que el esquema fue, a gran escala, el mismo que en el caso de la ley española: formación de un lobby de empresas, adopción de sus intereses por el gobierno norteamericano y presión, por parte de este, a los demás países para que se adaptasen a las exigencias del lobby. Esa

secuencia se reproduce también en el escenario descrito por el segundo de los artículos de Drahos: el de los acuerdos bilaterales de libre comercio. También ahí impera la voz de los lobbies, también ahí se amenaza a los otros países para que se plieguen a los mismos. Se trata, como el propio Drahos pone de manifiesto, de la ley de Al Capone: o me pagas protección o te envío a mis matones.

De esta forma, el gobierno norteamericano ha conseguido, mediante instrumentos jurídicos multilaterales (los ADPIC), bilaterales (TLC) y unilaterales (art. 301) construir un régimen global de protección de la propiedad intelectual en defensa de Microsoft, Walt Disney, Monsanto y las grandes farmacéuticas. Los derechos de estas multinacionales están sobradamente protegidos en el mercado globalizado. Si se hubiera hecho un esfuerzo similar en beneficio del medio ambiente, estaríamos ya pleno proceso de abandono de los hidrocarburos y las energías alternativas se habrían convertido en una realidad cotidiana. Pero es que detrás de la protección de la propiedad intelectual había un interés que resultaba estratégico para las grandes corporaciones norteamericanas: el objetivo era sustraerse a la competencia de las empresas extranjeras adquiriendo monopolios de uso de determinados conocimientos, diseños y de los vehículos de entretenimiento sobre los que tenían el copyright. Obviamente no existe un lobby similar en defensa del medio ambiente. Más bien lo que ocurre es todo lo contrario.

III

Pero, ¿es realmente beneficiosa la propiedad intelectual para el avance del conocimiento, la difusión de la cultura y el impulso de la creatividad?

Se suele justificar la propiedad intelectual argumentando que favorece la innovación científica y la creatividad cultural. Los derechos de patente incentivarían a realizar las inversiones que requiere la investigación y los derechos de copyright servirían para remunerar a los artistas por su trabajo creativo. Sin embargo, ninguno de esos argumentos resulta convincente hoy en día. Más bien hay razones para pensar que carecen de fundamento.

Como pone de manifiesto el artículo de Sulan Wong publicado en este número y titulado «La tragedia de los bienes privatizados», las patentes se han convertido más en un obstáculo que en un incentivo para la innovación del conocimiento. La privatización de determinadas parcelas del saber no favorece el desarrollo científico, sino que lo entorpece. Como señala James Boyle (cuyo último libro, *The Public Domain*, aunque publicado por una editorial universitaria, puede descargarse también de Internet) se está produciendo una especie de «segundo cer-

camiento» en el ámbito del saber y la cultura. Al igual que en los siglos XVI y XVII se pusieron cercas rodeando las tierras comunales, ahora se está vallando parte del territorio de la cultura y el saber que antes eran comunes.

Así como los cercamientos causaron estragos en la economía campesina, la ampliación de la propiedad intelectual ha acarreado graves perjuicios a determinados sectores de la población. Por ejemplo, los pacientes y los gobiernos han visto cómo se encarecían los precios de los medicamentos en detrimento del derecho a la salud. Pero en este caso, ni siquiera está claro que la explotación de los nuevos recursos cercados sea más eficiente. No se alcanza a ver que la privatización de determinados ámbitos del conocimiento produzca más resultados que su utilización como dominio público.

El conocimiento tiene características muy diferentes de la de los objetos físicos. Hay diferencias sustanciales entre las consecuencias de que yo use un bien físico o una porción de saber. El uso de un conocimiento no es excluyente ni tampoco lo desgasta o lo agota. El hecho de que yo utilice una operación aritmética no impide que otros hagan lo mismo simultáneamente y su uso puede reproducirse indefinidamente. Podría incluso decirse que los bienes culturales rinden más cuanto más se usan. No sólo no se desgastan, sino que se enriquecen con el uso.

Por otro lado, como pone de manifiesto Joost Smiers, autor del libro «Un mundo sin copyright», los derechos de autor, tal como los concibe la cultura occidental, exageran el papel del individuo a cuya paternidad se atribuyen. No tienen suficientemente en cuenta los procesos sociales e históricos de generación y transmisión de los bienes culturales. De hecho, en otras culturas, el concepto de autor tal como nosotros lo entendemos resulta extraño. La creación artística o la generación del conocimiento son vistos como procesos colectivos: una canción no es algo que un individuo compone de manera definitiva y de una vez para siempre; una canción es algo que se renueva y enriquece cada vez que se interpreta con la contribución, no sólo del cantante y los músicos, sino también del público.

La comunidad del software libre también funciona con premisas parecidas. Las personas individuales hacen aportaciones -más o menos valiosas- a una tarea que se considera eminentemente colectiva. Esa red de usuarios, foros, programadores y colectivos diversos produce útiles tan eficaces y versátiles (o más) que la industria del software. Sus programas y sistemas operativos son tan buenos o mejores que los de Microsoft o Apple y, desde luego, mucho más adaptables a las necesidades del usuario (como sabe cualquiera que se haya pasado a alguna de las versiones de Linux emigrando del entorno Windows).

Eso pone de manifiesto que una comunidad sin derechos de propiedad intelectual puede ser tan o más innovadora que la industria que monopoliza el uso de los conocimientos. No es cierto, pues, que las patentes o el copyright sean condición necesaria del avance del saber.

El funcionamiento de la comunidad del software libre no es muy diferente de lo que era la actividad de investigación universitaria antes de la Ley Bayh-Dole de 1980, la ley norteamericana que permitió que los investigadores universitarios pudieran patentar los conocimientos obtenidos a partir de investigaciones financiadas con fondos públicos. Hoy el modelo que propició esa ley es el que quiere implantarse también en España y en Europa. Se trata de fomentar el «espíritu empresarial» (léase «ánimo de lucro») del profesor universitario.

No está claro tampoco que el copyright esté proporcionando a los artistas una remuneración adecuada por su labor creativa. No es el mecanismo más adecuado para que escritores o compositores puedan vivir decentemente de su trabajo. En realidad, hoy en día, los titulares del copyright no son quienes crearon las obras, sino las empresas que las distribuyen. No son los escritores o cantantes, sino las editoriales o las casas de discos. La concentración que se ha dado en ese sector hace que un pequeño grupo de empresas esté adquiriendo derechos de monopolio sobre una gran cantidad de textos, imágenes, músicas y actuaciones. Son las grandes transnacionales del sector del «entertainment» quienes detentan los beneficios copyright. Eso incrementa su ya enorme poder de determinar los gustos de los consumidores. Les permite decidir todavía con mayor libertad qué productos, en qué momento y en qué mercados van a ser puestos a disposición del público.

Un mundo sin copyright no significa un mundo en el que los creadores no puedan vivir de su trabajo. Un mundo sin copyright significa un mundo donde el 90% de lo que se recauda en concepto de derechos de autor no vaya a parar al reducido grupo de artistas que las multinacionales promocionan como las «estrellas» del momento. Un mundo sin copyright significaría, en definitiva, un mundo mejor repartido.

Orwell 2.0: Las implicaciones de la HADOPI sobre la vida en Internet

SULAN CRISTINA WONG RAMÍREZ

El parlamento francés finalmente adoptó el 12 de junio de 2009 la Ley *HADOPI*¹ cuyo propósito fundamental es frenar la actividad relacionada con el libre intercambio de ficheros de contenido cultural que realizan millones de usuarios franceses de Internet. Sin embargo, el mecanismo sancionatorio del proyecto original, que incluía la suspensión del acceso a Internet, y todo lo que este comportaba, fue excluido de esta Ley debido a la decisión del Consejo Constitucional que lo declaró contrario a los principios y garantías fundamentales consagrados en la Declaración de 1789 sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Ante la pérdida de fuerza «disuasoria» del mecanismo de «repuesta graduada», el gobierno propuso un nuevo proyecto complementario *relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (HADOPI 2)*,² discutido y aprobado en la Asamblea Nacional.

Previo a estas iniciativas legislativas, en el año 2006, el parlamento francés había aprobado la *Loi No. 2006-961 du 1er Août sur le Droit d'Auteur et les Droits Voisins dans la Société de l'Information (DADVSI)*, para cumplir con los compromisos internacionales³ y comunitarios⁴ adquiridos que exigían el

1. Loi No. 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, Journal Officiel de la République Française No.135 texte 2, 2009.

2. Projet de Loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (Procédure Accélérée Engagée), Ministère de la Justice et des Libertés, 2009.

3. Tratados de la OMPI: Tratado sobre Derecho de Autor (1996), Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996).

4. Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

fortalecimiento de las normas en materia de derecho de autor, y la compensación a los creadores y titulares del derecho de autor por la utilización de sus obras culturales. En esa oportunidad, la «L'Alliance Public-Artistes»⁵ promovió la creación de una Licencia Global Opcional (LGO), para mitigar los efectos del intercambio a través de Internet de archivos de contenido cultural protegidos por normas de derecho de autor. La LGO consistía en una autorización que los titulares del derecho de autor otorgarían a los usuarios de Internet para acceder a sus obras de manera ilimitada a cambio del pago de una tarifa fija⁶ recolectada por los proveedores de acceso a Internet (ISP) y gestionado por la sociedad de recolección y repartición de derechos. La presión ejercida por las «industrias creativas»⁷ durante este período logró sus objetivos y en vísperas de navidad, la LGO fue rechazada porque su aprobación «implicaba»: 1) el establecimiento de medidas de vigilancia en la red, 2) el incremento del precio de la suscripción de Internet, 3) el incumplimiento de las reglas sobre la cronología de los medios, y 4) no había una proposición viable de distribución de los ingresos recabados.⁸

Desde el rechazo de la LGO han transcurrido casi cuatro años, y sin embargo las soluciones legislativas adoptadas (multas, cárcel y esquemas de DRM⁹) para detener el intercambio de contenidos en Internet, parecen haber resultado ineficaces; nuevamente la discusión sobre su efectos se convierte en un punto de honor entre internautas y titulares del derecho de autor.

El gobierno ha manifestado en reiteradas oportunidades su preocupación e interés por salvar el mundo de la cultura del satanizado efecto del intercambio masivo de archivos en Internet que amenaza con hacerla desaparecer.¹⁰

5. Asociación que agrupa más de 15 organizaciones que representa los intereses de músicos, autores, fotógrafos, diseñadores, productores independientes y consumidores http://www.lalliance.org/pages/1_1.html

6. Una tasa opcional que estaría entre 5 y 7 euros mensuales.

7. Joost Smiers y Marieke van Schijndel, *Imagine... No Copyright* (Barcelona: Gedisa, 2008), serie Libertad y Cambio.

8. Ver debate parlamentario disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/031206.asp>

9. Gestión Digital de Derechos de Autor por sus siglas en inglés.

10. El efecto que producen el intercambio de archivos sobre la cultura está construido sobre el reclamo que la Industria de Producción de Contenidos hace bajo la premisa de que cada *single* o *CD* dejado de vender se debe a la adquisición de una copia. Sin embargo, no está claro que quien accede a la copia del contenido cultural esté sustituyendo la compra de un original por esta. Múltiples estudios econométricos han estudiado este fenómeno y el del llamado *sampling*. Más información sobre la doctrina econométrica sobre el *sampling* en Eitan Altman, Sulan Wong and Julio Rojas-Mora, «P2P business and legal models for increasing accessibility to popular culture», en *Proceedings of the DIGIBIZ 2009 Conference* (Londres, 2009).

De ahí que encomendara al director general de FNAC,¹¹ Denis Olivennes, una misión de reflexión y concertación destinada a favorecer la conclusión de un acuerdo entre profesionales que permitiera, por un lado, la oferta legal de contenidos en Internet¹² y, por otro, la disuasión del intercambio ilegal de archivos en ese medio. De este proceso surgieron las bases para la propuesta legislativa bautizada bajo el nombre de HADOPI que para algunos está destinado al fracaso y para otros es obsoleta.

La médula espinal del proyecto de la HADOPI presentado por la Ministra de Cultura francesa,¹³ era su «mecanismo de advertencias y sanciones». Este mecanismo consistía en dos advertencias al suscriptor de Internet, previas al establecimiento de la sanción de suspensión del acceso a Internet de hasta por un año. Sin embargo, el establecimiento de un procedimiento de esta naturaleza significaba desconocer el principio de presunción de inocencia y el derecho a la privacidad de las comunicaciones como garantía de la libertad de expresión y de comunicación, los cuales no pueden quedar fuera del control jurisdiccional, y aun menos pueden ser desplazados por los derechos de propiedad intelectual.

Al respecto, la Unión Europea (UE) sostuvo en reiteradas oportunidades,¹⁴ con fundamento en lo dispuesto por el artículo 11 de la Carta de los Dere-

11. La FNAC (*Fédération Nationale d'Achats des Cadres*) es una empresa francesa de distribución de productos tecnológicos y culturales. Se define a sí misma como «un ejemplo único de alianza entre comercio y cultura». Ver <http://www.fnac.com>

12. El desarrollo de la propuesta de la oferta legal de contenidos culturales en Internet ha sido recientemente presentada, y se propone entre otras cosas, la creación de una carta de «música en línea» para los jóvenes, cuyo coste será cubierto por el adquiriente de la tarjeta, el Estado y los profesionales (productores, artistas e intérpretes) de la música. Ver Patrick Zelnik, Jacques Toubon and Guillaume Cerutti, *Creation et Internet: Rapport au Ministre de la Culture et de la Communication*, 2010.

13. Ver *Project Loi favorisant la diffusion et la protection de la création dur Internet N° 405 présenté au Sénat Session ordinaire de 2007-2008*, disponible en <http://www.senat.fr/leg/pj107-405.html>.

14. Ver Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 24 de septiembre de 2008 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores; Parlamento Europeo, *Commission position on Amendment 138 adopted by the European Parliament in plenary vote on 24 September, 2008* ver Memo/08/681 del 07 de noviembre de 2008; European Parliament, *Telecom markets: still no overall agreement with Council presidency*. Ref 20090421IPR54124, Press release, 2009; Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo, de 26 de marzo de 2009, sobre el refuerzo de la seguridad y de las libertades fundamentales en Internet. Ref P6_TA(2009)0194.

chos Fundamentales de la UE sobre libertad de expresión e información, que no se pueden imponer restricciones sobre los derechos y libertades fundamentales al usuario final de Internet sin una orden judicial previa, excepto cuando la seguridad pública se vea amenazada. Esta posición, reflejada en la propuesta de enmienda 138 del conocido paquete Telecom,¹⁵ fue reformulada porque mantenerla tal y como estaba redactada «[rebasaba] las competencias comunitarias previstas en el artículo 95 del Tratado CE».¹⁶ La Directiva 2009/136/CE¹⁷ recogió esta nueva y descafeinada posición que abre las puertas a la intervención de las comunicaciones en Internet a través de procedimientos administrativos, aunque se pide respeto de los derechos y libertades fundamentales, así como un proceso previo con las debidas garantías.

Por su parte, el Consejo Constitucional¹⁸ francés, remontándose a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sentenció que la libertad de expresión garantizada desde 1789 no se podía confiar a una autoridad administrativa para proteger los derechos de autor. Además, recordó al Legislativo, que en virtud del artículo 9 del referido documento histórico, toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, y que de manera excepcional la presunción de culpabilidad puede ser establecida en los casos de infracciones menores (*matière contraventionnelle*) cuando estas no sean irrefutables. No obstante, exigió también que debe asegurarse que los hechos induzcan razonablemente a comprobar la verosimilitud de la imputabilidad y que, simultáneamente se garantice el derecho a la defensa del presunto infractor.

Al mantenerse inalterable el mecanismo de advertencias en el texto legal promulgado, el derecho a la privacidad de las comunicaciones como garantía de la libertad de expresión y de comunicación quedó debilitado. La constatación de las infracciones de derecho de autor en Internet es un tema complejo de abordar que deviene en un problema de lógica circular. Los agentes de la HADOPI quedaron facultados, de acuerdo a la Ley y al criterio Consejo Constitucional, para constatar los hechos susceptibles de constituir una infracción, fungiendo como lo harían los atestados en materia de tráfico. Para cumplir con su labor, al contrario de los atestados que están en un sitio público y

15. Es el conjunto de normas que regulan las telecomunicaciones en la Unión Europea y que luego fueron recogidas sus modificaciones en la Directiva 2009/136/CE.

16. Ver el documento A7-0070/2009 del Parlamento Europeo disponible en <http://www.europarl.europa.eu>.

17. Directiva 2009/136/CE Del Parlamento Europeo y Consejo por la que se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nro 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

constatan violaciones de la ley de circulación en plena vía pública, los agentes de la HADOPI deben invadir constantemente la privacidad de las comunicaciones de los usuarios de Internet, dando al traste con el principio de presunción de inocencia. Si bien el Consejo Constitucional dejó claro que el juez debe apreciar las pruebas aportadas en cada caso y es él el responsable de dictaminar su constitucionalidad, debido a la forma en que técnicamente se pueden constatar los hechos parece no quedar duda de su ilegalidad. Probablemente la misma evolución de las comunicaciones en Internet permitirá el encriptamiento de los datos de manera sencilla, constante y transparente al usuario, sacrificando rendimiento pero ganando privacidad y complicando aún más la labor de los agentes de a HADOPI.

La reacción del Ejecutivo frente a la decisión del Consejo Constitucional fue casi inmediata, menos de quince días fueron suficientes para presentar ante el Senado un proyecto de Ley de naturaleza penal constante de cinco artículos, para completar el mecanismo de «respuesta graduada» promovido con la Ley HADOPI. De esta manera, intercambiar archivos protegidos por normas de derecho de autor a través de Internet se convierte en una modalidad de piratería que conlleva la aplicación de penas complementarias: la suspensión del acceso a Internet hasta por un año y la prohibición de suscribir un nuevo contrato¹⁹. Además, los abonados a Internet ya no podrán mantener sus redes abiertas para que otras personas puedan libremente utilizar su conexión, sino que deberán colocar restricciones al acceso a sus redes y mecanismos de seguridad²⁰ para evitar el intercambio de archivos protegidos por derechos de autor. La ley considera que el abonado que no colabore en la protección de los derechos de autor y permita que a través del servicio por él contratado se intercambien archivos protegidos por derecho de autor, incurra en una acción negligente que debe ser castigada con multa, la suspensión del servicio de Internet y la prohibición de suscribir un nuevo contrato con otro proveedor.²¹

Este tipo de medidas legislativas, tal como lo apunta Benkler,²² es un ataque directo contra la posibilidad de establecer un *commons* en las conexiones

18. Ver Conseil Constitutionnel, Décision nro 2009-580 DC du 10 juin (Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet), 2009.

19. Art. 7 Loi No. 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative a la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, Journal O?ciel No. 0251 texte 1, 2009.

20. Art. 11 (336-3) de la Loi No. 2009-669 du juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.

21. Art. 8 Loi No. 2009-1311 *op cit*.

22. Yochai Benkler, *The wellth of networks: how social production transforms markets and freedom*, (London: Yale University Press, 2006). Versión online disponible bajo licencia Creative Commons Noncomercial en <http://www.benkler.org>.

inalámbricas de última milla con el que impulsar, mediante la colaboración mutua, una Internet abierta y omnipresente que permitiría establecer estrategias de conectividad con las que maximizar el rendimiento de los múltiples operadores locales. A los únicos que podría beneficiar la implantación de estas medidas de control es los proveedores de servicio de Internet, que absorberían a aquellos usuarios que ya no podrían utilizar redes abiertas, y a los desarrolladores de los mecanismos de control, cuyo mercado crecería exponencialmente de la noche a la mañana. Parece haber aquí un punto de encuentro en la tormentosa relación²³ entre los proveedores de Internet y la industria de contenidos culturales, normalmente divergente en el punto del control del intercambio de archivos pues afecta directamente a uno de los principales reclamos publicitarios de los proveedores, como es la capacidad de descargar archivos a alta velocidad.

Como una solución práctica a todos estos mecanismos que implican control y vigilancia en Internet, un grupo de diputados llevó nuevamente la LGO al debate parlamentario en el mes de julio 2009.²⁴ En lugar de una política represiva dirigida a «disuadir» el intercambio de archivos, los parlamentarios propusieron una política cooperativa dirigida a buscar un cambio de comportamiento entre los internautas que comparten archivos en la red. Esta propuesta, presentada en forma de enmienda al proyecto *relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, fue rechazada²⁵ básicamente por los mismos argumentos por los que no se aprobó en su primera oportunidad.²⁶ Es de hacer notar que la aplicación de la HADOPI implicará, indudablemente, dos de las razones para el rechazo de la LGO: un incremento en el precio de suscripción al servicio de Internet y la implantación de sistemas de control del tráfico. Tal vez quedaría demostrado entonces, que la LGO fue rechazada únicamente sobre la base de la cronología de los medios y la imposibilidad de distribuir adecuadamente los réditos obtenidos. El primer argumento defiende un modelo de negocio caduco que un mundo digital queda reducido a nichos de consumidores muy particulares. El segundo contradice el criterio con el que las asociaciones de autores y compositores distribuyen su recaudación, es decir, utilizando datos de ventas físicas para asignarla.

23. Los proveedores de servicio de Internet reclaman a la industria de contenidos culturales que los costes adicionales de los sistemas de control va a ir directamente a la factura de los suscriptores, muchos de los cuales podrían decidir cancelar su suscripción.

24. Ver http://www.assembleenationale.fr/13/dossiers/protection_penale_proplitt.asp

25. La propuesta fue rechazada por 105 votos en contra y 53 a favor de la adopción de la LGO.

26. Ver <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/031206.asp>

El planteamiento de una tragedia de los *commons*²⁷ en el ámbito cultural que amenazaría con hacer desaparecer la creatividad cultural venció la propuesta de la LGO.²⁸ Por contra, en países como Canadá y Estados Unidos ciertas organizaciones que representan y defienden intereses de artistas, creadores y consumidores se han decantado por promover y buscar una alternativa a través de las licencias globales voluntarias u opcionales como estrategia cooperativa²⁹ que vendría a dar un respiro a la lucha que desde la aparición de Napster³⁰ mantiene la industria contra desarrolladores de software, proveedores de enlaces de contenido cultural, webs, usuarios de Internet.

El modelo de la HADOPI, que ahora se intenta globalizar a través del Acuerdo Comercial destinado a luchar Contra la Piratería (ACTA) promovido por los Estados Unidos y en el que participan la Unión Europea, México, Japón, Canadá, Corea del Sur, Australia, Marruecos,³¹ implica en resumen y sin querer abarcarlo todo en este espacio: vigilancia indiscriminada en Internet por estructuras administrativas y policiales *ad hoc*, inversiones millonarias en plataformas tecnológicas para el control de las comunicaciones parcialmente subsidiadas con dinero público, inversión forzada por parte de los abonados a Internet en sistemas de control, incremento de las tarifas de Internet producto de la instalación de la infraestructura necesaria para el control de las comunicaciones, saturación del sistema de administración de justicia debido al número de causas instruidas, pérdida de Internet como medio de promoción para los artistas e intérpretes que solo existen en ella y freno a los avances tecnológicos propios a la naturaleza abierta que ha caracterizado a Internet. Sin embargo, los dos aspectos que debemos enfatizar de la implantación de sistemas legales similares a la HADOPI quizás sean la restricción del acceso a la gran diversidad cultural que encontramos en Internet, y la instauración del miedo en un ámbito en el que los ciudadanos han sentido que pueden manifestarse con la libertad que ningún otro medio ofrece.

27. Ver , Hardin, Garrett *The Tragedy of Commons*, Science 162/3859 (December 1968): 1243–1248.

28. Ver 3era sesión del 21 de julio de 2009 disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2008-2009-extra/20091027.asp>

29. Ver, para el caso de Canadá, la propuesta presentada por la *Songwriters Association of Canada* en <http://www.songwriters.ca/studio/proposal.php>, y para el caso de USA ver la propuesta presentada por *Electronic Frontier Foundation* <http://www.eff.org/wp/better-way-forward-voluntary-collective-licensing-music-file-sharing>

30. Napster era un sistema centralizado de intercambio, a través de Internet, de archivos digitales especializado en música en formato mp3. En el año 2000, Napster fue declarado responsable por contribuir materialmente a la infracción directa de los derechos de autor de A&M Records 17 ().

31. Para un seguimiento exhaustivo del caso ver <http://www.laquadrature.net/fr/acta>.

Derechos globales de propiedad sobre la información: La historia del TRIPS en el GATT*

PETER DRAHOS

Introducción

Los derechos de propiedad sobre algunos tipos de información tienen ya una larga andadura. Suele considerarse que el Estatuto veneciano de 1474 fue el primer estatuto sobre patentes y que el Acta de Anne, de 1709, fue el primer estatuto existente sobre *copyright*.¹ Pero el 15 de abril de 1994 una profunda transformación tuvo lugar en Marrakech. Ciento once países firmaron el acuerdo GATT, un acuerdo que plasma los resultados de la Ronda de Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales.² El acuerdo GATT incluye un acuerdo separado que aborda los aspectos relacionados con el comercio de los derechos de propiedad intelectual³ (TRIPS⁴).

Las consecuencias del TRIPS para los flujos globales de información son profundas, y sin embargo, fuera de los círculos vinculados con la propiedad intelectual, el acuerdo ha sido objeto, comparativamente, de escasa discusión.

*Traducción del inglés de Sergio Colina.

1. S. Ricketson, *The Law of Intellectual Property*, Law Book, Sidney, 1984, pág. 860 y 63.

2. El GATT son las siglas de General Agreement on Tariffs and Trade (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercios).

3. Véase el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio contenido en el Anexo 1C del Acta Final de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, Marrakech, 15 de abril de 1994.

4. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Acuerdo sobre los ADPIC o, en inglés, TRIPS (*N. del t.*).

Los agricultores y la cuestión de los subsidios agrícolas han acaparado el primer plano del debate. En resumen, podemos decir que el acuerdo GATT/TRIPS lleva a cabo varias cosas básicas. En primer lugar, exige a muchos países que sometan la información a derechos de propiedad, algo que en el pasado no habían hecho (por ejemplo, en lo relativo a protección de las variedades de plantas, un tema especialmente controvertido para los países en desarrollo).⁵ Incluso en países como Australia, que disponen de un amplio repertorio legislativo de derechos de propiedad intelectual, será necesario que se produzcan nuevas adquisiciones legales (por ejemplo, derechos de renta en relación con el software). En segundo lugar, aumenta el precio de la información al incrementar la duración de la protección para algunos derechos de propiedad intelectual y al requerir que los países firmantes aprueben nuevos derechos.⁶ En tercer lugar, exige a los Estados que desempeñen un papel mucho más destacado en la implementación de privilegios monopolísticos (ya que eso es lo que son los derechos de propiedad intelectual). Los países son llamados a proporcionar estructuras legales y administrativas para la protección, en los ámbitos civil y penal, de la propiedad intelectual. En cuarto lugar, establece un Consejo del TRIPS para monitorear la operación TRIPS, y en particular su cumplimiento. Los nuevos procedimientos de resolución de disputas bajo el GATT significan que los países que incumplan sus obligaciones se enfrentan a una alta probabilidad de que se produzca una acción exitosa contra ellos por parte del GATT.⁷

La intención de este artículo es contar la historia de cómo el TRIPS llegó a ocupar un lugar en el acuerdo del GATT. Una razón para contar esta historia es que es la historia de un logro notable. Notable porque un país, Estados Unidos, fue capaz de persuadir a más de 100 países de que, en tanto que importadores netos de información tecnológica y cultural, deberían pagar más por la importación de esa información.⁸ Si asumimos la existencia de un

5. Véase V. Shiva, *Monocultures Of The Mind*, Third World Network, Penang, 1994.

6. Por ejemplo, el art. 33 del TRIPS aumenta el tiempo de duración de las patentes hasta 20 años. Los países se verán obligados también a tener un sistema extensivo de protección del secreto comercial. Para un análisis completo puede consultarse el documento de la UNCTAD *The Outcome of the Uruguay Round: An Initial Assessment* (Supporting Papers to the Trade and Development Report, United Nations, New York, 1994, capítulo 8).

7. Para un análisis del nuevo sistema de resolución de disputas véase A.F. Lowenfeld, «Remedies Along With Rights: Institutional Reform In The New GATT», en *The American Journal of International Law*, 88, 1994, págs. 477-488.

8. Para los aspectos económicos, véase A. Subramanian, «The International Economics of Intellectual Property Right Protection: A Welfare-Theoretic Trade Policy Analysis», *World Development*, 19, 1991, págs. 945-956. Sobre el uso de patentes para formar cárteles internacionales, véase M. Costello, «The Tetracycline Conspiracy: Structure, Conduct and Performance in the Drug Industry», en *Antitrust Law & Economics Review*, 1, 1968, págs. 13-44.

interés racional propio por parte de esos otros Estados, su disposición a firmar el TRIPS constituye un verdadero puzzle a escala mundial que vale la pena estudiar. Esta historia será contada de una forma que enfatiza el papel de los individuos y de las organizaciones, así como las oportunidades y posibilidades que estos aprovecharon para ayudar a que el TRIPS se materializara. En otras palabras: se trata de una historia de acción individual y de iniciativa empresarial que trabajan a través de las estructuras existentes, en lugar de estar determinadas por ellas. Mediante de la comprensión de la historia del TRIPS podemos aprender algo acerca de los mecanismos y fuerzas que ayudan a explicar la emergencia de instituciones globales reguladoras de los individuos. Y una vez que hayamos entendido la genealogía de estas instituciones, estaremos en mejor posición para articular teorías acerca de ese complejo proceso que intentamos capturar mediante la noción de globalización.

Motivos

¿Por qué un acuerdo TRIPS resultaba tan esencial para las aspiraciones estadounidenses en el GATT? Después de todo, existía un marco internacional ya en funcionamiento para la regulación de la propiedad intelectual, una estructura presidida por una organización internacional especializada, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual⁹ (OMPI¹⁰). Además, los elementos básicos de este marco internacional habían estado presentes desde finales del siglo XIX. ¿Por qué fue la Ronda de Uruguay la escogida por Estados Unidos para desplazar la propiedad intelectual al escenario del comercio mundial?

Las respuestas a estas dos cuestiones tienen varios niveles. Una respuesta sería que corporaciones estadounidenses como IBM, Pfizer y Microsoft, que tenían importantes carteras de derechos de propiedad intelectual estaban preocupadas por la pérdida de beneficios debido a la piratería de sus productos. Ello no quiere decir que las corporaciones estadounidenses no estuvieran siendo lucrativas en los ochenta. Muchas de ellas lo eran.¹¹ Una segunda respuesta, que ayudaría a explicar el apoyo del Congreso, está relacionada con los mie-

9. A. Bogsch, *Brief History of the First 25 Years of the World Intellectual Property Organization*, WIPO Publication, Ginebra, 1992.

10 En inglés, WIPO, siglas de World Intellectual Property Organization (N. del t.)

11. Por ejemplo: los ingresos netos de Pfizer fueron de los 103,4 millones de dólares en 1972 hasta los 800 millones de dólares en 1990. Los rendimientos de sus participaciones de capital ascendieron a casi el doble de la media de las participaciones de las 500 compañías de *Fortune*. Al respecto, puede consultarse «Pfizer: Protecting Intellectual Property in a Global Marketplace», Harvard Business School, 1992, pág. 3.

dos generalizados respecto de la pérdida de competitividad de Estados Unidos.¹² Una tercera respuesta apunta a la creencia de que Estados Unidos estaba perdiendo poder en el mundo. La pérdida de competitividad, al combinarse con otras pérdidas, como las de Vietnam, comenzaron, a ojos de muchos, a apuntar en una única dirección: la pérdida visible de poder estadounidense frente a poderosos competidores. Los analistas empezaron a dar la extremaunción a la hegemonía norteamericana.¹³ Estados Unidos empezó a padecer lo que Bhagwati ha llamado el «síndrome del gigante menguado».¹⁴

Países en desarrollo como India o Brasil empezaron a mostrar potencial de liderazgo, aunque fuese a escala regional. Al mismo tiempo, emergieron nuevos competidores económicos. Las imágenes públicas que Estados Unidos construyó de estos rivales no eran ni amistosas ni confortables. «El grupo de los cuatro», «los tigres asiáticos», «los dragones económicos» no podían más que causar inseguridad a Estados Unidos en relación con su participación en los mercados mundiales. Entonces, el milagro económico japonés empezó a poner cada vez más nervioso a Estados Unidos. Los triunfos de las manufacturas japonesas empezaron a ser vistos como un presagio de la desindustrialización estadounidense. Empezaron a construirse mitos públicos sobre la «verdadera» naturaleza de este éxito. Las ideas americanas, el *know-how* americano, estaban siendo robados por los japoneses: ésa era la opinión más extendida.¹⁵ El superávit comercial japonés en relación con Estados Unidos se convirtió en un punto de unión para los elementos proteccionistas del país.¹⁶

Así pues, cuando los representantes de los intereses de la propiedad intelectual en Estados Unidos llegaron al Capitolio para contar su historia, se en-

12. Las causas de la caída de la competitividad, sin embargo, *no* fueron atribuidas en un principio a una pobre protección de la propiedad intelectual. Véase el análisis de H. Ullrich, «GATT: Industrial Property Protection, Fair Trade and Development», en F.K. Beier y G. Schriker (ed.), *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, 1989, págs. 131-132.

13. P. Kennedy, *The Rise and Fall of the Great Powers*, Unwin Hyman, Londres, 1988.

14. J. Bhagwati, «The Diminished Giant Syndrome – How Declinism Drives Trade Policy», en *Foreign Affairs*, 72, 1993, pág. 22.

15. Como todos los mitos públicos, tiene cierta base en la realidad. La tecnología de transistores había sido patentada por AT&T, pero bajo la legislación antitrust norteamericana fue obligada a conceder licencias a fabricantes cualificados. A la compañía japonesa Tokyo Tsushin Kogyo Kabushiki Kasha (que finalmente sería conocida a mundialmente como SONY) le fue concedida una licencia por parte de AT&T. en otras palabras: los japoneses adquirieron la tecnología estadounidense de forma legítima. Véase R.J. Barnet y J. Cavanagh, *Global Dreams*, Simon and Schuster, Nueva York, 1994, págs. 46-47.

16. Véase W. Max Corden, «The revival of protectionism in developed countries», en D. Salvatore (ed.), *The New Protectionist Threat to World Welfare*, North-Holland, Nueva York, Amsterdam, Londres, págs. 61-64.

contraron con una audiencia dispuesta a tomar medidas concretas para remediar los problemas económicos estadounidenses. La historia que contaron a esa audiencia era, al estilo de Mark Twain, hermosamente simple. Eran necesarios derechos de propiedad más fuertes para proteger las ideas y la industria americanas. Una mejor protección significaba más puestos de trabajo, y las industrias basadas en la propiedad intelectual serían, por encima de todas las demás, las que restaurarían el balance comercial positivo de Estados Unidos con el mundo. De todos modos, se trata de una historia que habría resultado persuasiva en cualquier circunstancia. En el clima de inseguridad sobre el futuro político y económico de Estados Unidos, esta historia, con sus profundos cimientos nacionalistas, debía ser obligatoriamente escuchada.

La estrategia estadounidense - Naturaleza y orígenes

Los problemas acerca de la protección de la propiedad intelectual a los que se enfrentaba Estados Unidos a principios de los ochenta eran globales por naturaleza. Muchos otros Estados soberanos, y en especial los países en desarrollo, no eran especialmente compasivos con las necesidades relativas a la propiedad intelectual de la industria estadounidense. Estados Unidos se enfrentaba a un problema generalizado de *free riders*. La forma en que escogió resolver ese problema fue fraguando un vínculo entre el régimen de comercio internacional y el desarrollo y aplicación de estándares relativos a la propiedad intelectual. La combinación de comercio y propiedad intelectual proporcionó a Estados Unidos aquello de lo que hasta el momento había carecido al abordar los problemas de plagio: apalancamiento. Como dijo un antiguo funcionario de Comercio estadounidense, el comercio ayudó a Estados Unidos a «reequilibrar la ecuación».¹⁷ Prohibir las importaciones de software brasileño no hubiera hecho mucho para estimular a los funcionarios comerciales en Brasil. Aplicar aranceles elevados al café brasileño les hubiera asustado.

En la evolución de la estrategia estadounidense para la propiedad intelectual, basada en el comercio, resultaron cruciales los trabajos del Advisory Committee for Trade Negotiations (ACTN). Este comité fue designado para proporcionar vía directa de entrada al sector empresarial estadounidense en la política comercial americana. El ACTN era una línea de comunicación abierta y directa entre el mundo de los negocios y el centro burocrático de la política comercial. No existe un equivalente real en ningún otro país.

17. Entrevista a Emery Simon, ex negociador comercial de Estados Unidos y, actualmente, miembro de Alliance to Promote Software Innovation; Washington, 22 de abril de 1994.

A partir de 1981, la ACTN fue presidida por Ed Pratt, el Director Ejecutivo de Pfizer. Pfizer era una compañía farmacéutica comprometida estratégicamente y a largo plazo con el objetivo de hacer negocio en los países en desarrollo. En mayor medida que otras compañías, Pfizer se preocupó por el tema del plagio de sus productos. El propio Pratt se convirtió en un ejemplar destacado del enfoque basado en lo comercial en materia de protección de la propiedad intelectual, y sus discursos contribuyeron bastante a alertar a otros líderes empresariales norteamericanos acerca de las fructíferas posibilidades de semejante enfoque.¹⁸

La ACTN estableció una *task force* sobre propiedad intelectual. Las recomendaciones de este grupo fueron fundamentales para el desarrollo de una estrategia estadounidense para el asunto de la propiedad intelectual. No sólo eso, sino que la Task Force recomendó que el gobierno estadounidense desarrollara «una estrategia global sobre propiedad intelectual».¹⁹ En esencia, la estrategia exigía que Estados Unidos tuviera como objetivo a largo plazo la inclusión de la propiedad intelectual en el GATT. Los esfuerzos bilaterales y unilaterales a través de herramientas comerciales proporcionarían, en el ínterin, una estrategia para mejorar la protección de la propiedad intelectual en el exterior.

La estrategia bilateral incluía elementos de la estrategia «poli bueno – poli malo». La parte del «poli bueno» consistía en sugerir que el trabajo de proseguitismo en materia de propiedad intelectual fuera realizado por expertos procedentes de los países en desarrollo, a poder ser bajo la égida de algún programa de asistencia económica como los de la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional. El abordaje de «poli malo» consistía en aprovechar la dependencia de los países problemáticos respecto al mercado estadounidense —dependencia que Estados Unidos había alimentado mediante programas como el Sistema Generalizado de Preferencias (Generalized System of Preferences, o GSP)²⁰—. El efecto del GSP era conceder a los Estados beneficiarios privilegios comerciales de exención de impuestos en el mercado estadounidense. La Task Force de la ACTN sugirió que el tratamiento favorable al amparo del programa GSP debería ser condicionado a la implementación de un nivel adecuado de protección de la propiedad intelectual por parte de los países en cuestión. La idea de la Task Force era vincular la

18. Información proporcionada por M.W. Hodin, Vicepresidente – Asuntos Públicos de Pfizer (Nueva York), en una entrevista realizada el 23 de septiembre de 1994, en Nueva York.

19. Documento inédito, *Recommendations of the Task Force on Intellectual Property to the Advisory Committee for Trade Negotiations*, marzo de 1986, pág. 1.

20. Los países problemáticos eran Singapur, Taiwán, Indonesia, Corea, Filipinas, Malasia, Tailandia, Brasil, Egipto y Nigeria. El GSP opera al amparo de la sección 502 de la Trade Act de 1974, tal y como quedó redactada tras su modificación.

propiedad intelectual a todas las palancas que Estados Unidos pudiera accionar. La Task Force también sugirió que los Directores Ejecutivos estadounidenses en el FMI, el Banco Mundial y los bancos de desarrollo regionales, al ejercer su derecho de voto, deberían examinar previamente el historial en materia de protección de la propiedad intelectual de los países en cuestión. Asimismo, podría preverse que los programas de reestructuración de deuda, como parte de su naturaleza condicional, tuviesen una mejor protección de la propiedad intelectual.

Había, además, otros dos elementos importantes en el pensamiento de la ACTN en materia de propiedad intelectual. Se insistió en el hecho de que el sector privado fuese involucrado de forma estrecha y constante en la evolución de la política estadounidense de propiedad intelectual. La ACTN también urgió a que se llevara a cabo un ejercicio de construcción de consenso a escala masiva en un amplio número de frentes. En algún punto, Estados Unidos, Japón, Europa y otras naciones desarrolladas, así como el mundo en desarrollo, deberían finalmente ponerse de acuerdo alrededor de una serie de propuestas razonablemente detalladas en relación con ese elemento que constituye el mecanismo fundamental de todos los Estados: la propiedad.²¹

La historia bilateral - El duelo comercial

En la preparación de sus «duelos comerciales» bilaterales, Estados Unidos empezó a expandir sistemáticamente las áreas en las que quería que surgiese un vínculo entre propiedad intelectual y comercio.²² El problema para Estados Unidos era que, en su intento de conseguir sus objetivos en materia de propiedad intelectual, debía llegar a acuerdos con Estados soberanos con derecho, al amparo de las convenciones internacionales en vigor, a fijar niveles más bajos de protección de la propiedad intelectual, en lugar de establecer estándares más altos. No sólo eso, sino que muchos de esos Estados o no estaban culturalmente predispuestos a aceptar la propiedad intelectual,²³

21. Sobre los vínculos entre propiedad, externalidades y evolución social puede consultarse H. Demsetz, «Toward a theory of property rights», en *American Economic Review*, 57, 1967, págs. 347-359.

22. Las vinculaciones entre comercio y propiedad intelectual aparecieron en la *Caribbean Basin Economic Act* de 1983, la *Generalized System of Preferences Renewal Act* de 1984, la *International Trade and Investment Act* de 1984 y la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988. Un análisis completo de los detalles legales de cada una de estas normas queda fuera de los objetivos de este artículo pero, básicamente, la idea era que los beneficios comerciales sólo fluirían hacia los países si estos proporcionaban una protección efectiva y ejecutable de la propiedad intelectual.

23. Uno de los argumentos utilizados por los surcoreanos fue que, en su ámbito cultural, copiar la obra de un artista era una forma de halago.

o veían la propiedad intelectual como una forma de recolonización o de imperialismo económico.²⁴ Estados Unidos no podía esperar, desde una perspectiva realista, reformar el marco internacional de protección de la propiedad intelectual a través de la OMPI, ya que en ese foro disponía sólo de un voto, y siempre cabía la posibilidad de perder votaciones frente a los países en desarrollo. Era necesario algún tipo de coerción si se quería que un nuevo paradigma global de tipo proteccionista para los intereses estadounidenses en materia de propiedad intelectual tuviese alguna posibilidad de convertirse en realidad.

Para solucionar este problema, Estados Unidos reformuló su legislación comercial para proporcionarle a su ordenamiento una serie de estrategias de ejecución. Más concretamente, modificó la sección 301 de su *Trade Act* de 1974. Vale la pena centrarse en la naturaleza llena de matices de la 301, a pesar de que habitualmente sea considerada como un mero ejercicio de mano dura.

En el contexto del «proceso 301» existen tres categorías importantes: la de país extranjero prioritario, la lista de observación prioritaria y la lista de observación. Un país que es ubicado en la «Lista de Observación» está recibiendo implícitamente un mensaje de que lleva a cabo prácticas insatisfactorias en lo que se refiere a propiedad intelectual y que la Administración norteamericana está prestando una especial atención a esas prácticas. El país sabe que ha entrado en el proceso 301 y que puede esperar, en lo sucesivo, estar en contacto regular con la Oficina del Representante de Comercio de Estados Unidos (United States Trade Representative, o USTR). En 1993, España permaneció en la lista de observación porque las acciones jurisdiccionales previstas en el ámbito del copyright no otorgaban a los propietarios la capacidad de promover inspecciones *ex parte*.²⁵

Si un país no mantiene sus compromisos de reducir la piratería a niveles de mínimos, el Estado en cuestión se enfrenta a ser incluido en la «Lista de Observación Prioritaria». Normalmente, el Representante de Comercio de Estados Unidos tiene preparada para el país de la Lista de Observación Prioritaria una lista de objetivos precisos en relación con los cuales el país debe empezar a trabajar. Arabia Saudí, por ejemplo, fue transferida en 1993 de la Lista de Observación a la Lista de Observación Prioritaria porque no era miembro de la Convención de Berna sobre copyright, tenía una legislación

24. Cf. C. Raghavan, *Recolonization: GATT, the Uruguay Round and the Third World*, Third World Network, Penang, 1990. Véase también «Recolonization: GATT in its historical context», en *The Ecologist*, 20, 1990, págs. 205-207.

25 Las inspecciones *ex parte* son registros de los locales del demandado, ordenadas por el tribunal después de oír únicamente al solicitante de la orden de registro.

sobre copyright pobre y su implementación de dicha normativa seguía siendo débil. Ningún país es inmune al proceso 301. Tanto Australia como la Comunidad Europea, ambas partidarias del acuerdo TRIPS, fueron mantenidas en 1993 en la lista de observación prioritaria. Entre otros motivos, Australia mantenía una cuota de pantalla que supuestamente estaba afectando a la industria cinematográfica norteamericana. Finalmente, los países extranjeros prioritarios son aquéllos que se encuentran en el corredor de la muerte comercial. Se trata de países que, en términos de la legislación estadounidense, mantienen los «actos, políticas o prácticas más onerosos u ofensivos» en lo que a propiedad intelectual se refiere. La sentencia no es irreversible. El Representante de Comercio de Estados Unidos puede revocar la catalogación como País Extranjero Prioritario de un país y las represalias no son instantáneas. En 1993, Brasil, Tailandia e India fueron catalogados como Países Extranjeros Prioritarios. En el caso de Brasil, se debió a que limitó el alcance de su legislación de patentes y que a su periodo de protección para el software informático era sólo de 25 años.

El proceso 301 se acompaña, asimismo, de una sofisticada forma de vigilancia. Claramente, el Representante de Comercio de Estados Unidos no dispone de medios para patrullar a escala global los derechos de propiedad intelectual. Este trabajo es realizado mayoritariamente por la comunidad empresarial estadounidense, a través de sus puestos comerciales globales. Cada gran compañía norteamericana con una cartera importante de derechos de propiedad intelectual es miembro de una asociación de comercio, y estas asociaciones son miembros de organizaciones-paraguas como la Alianza Internacional para la Propiedad Intelectual (Internacional Intellectual Property Alliance: la IIPA).²⁶ La IIPA representa a 150 compañías con intereses destacados en materia de copyright. Estas compañías proporcionan a la IIPA información sobre los puntos problemáticos en el mundo.²⁷ Esta información es filtrada por la IIPA, que convierte la materia prima en una serie de recomendaciones para el Representante de Comercio de Estados Unidos, relativas a la acción adecuada a emprender al amparo del proceso 301.²⁸ La decisión de imponer sanciones

26. El IIPA es, probablemente, el mayor *lobby* en materia de copyright del mundo. Se trata de una organización-paraguas que consiste en ocho asociaciones comerciales: la American Film Marketing Association, la Association of American Publishers, la Business Software Alliance, la Computer and Business Equipment Manufacturers Association, la Information Technology Association of America, la Motion Picture Association of America, la National Music Publisher's Association y la Recording Industry Association of America.

27. Entrevista a Eric Smith, Director Ejecutivo y Consejero General, IIPA, 25 de octubre de 1993, Washington.

28. Véase, por ejemplo, *IIPA 1993, Special 301 Recommendations and Estimated Trade Losses Due To Piracy*, texto sometido al Representante de Comercio de Estados Unidos el 12 de febrero de 1993.

comerciales a otros países es seria, y en consecuencia es el resultado de un proceso interagencial, aunque generalmente se resuelve siguiendo la línea propuesta por el Representante de Comercio.

No sólo los Estados se han visto afectados por el proceso 301. Los piratas conocidos se han convertido también en objetivos. Desde el principio, el lobby de la propiedad intelectual analizó correctamente que el respeto efectivo de los derechos de propiedad intelectual en muchos países en los que tenían lugar actos de piratería exigía un alto nivel de compromiso político con esa aplicación real. Durante el proceso 301, la información sobre los focos problemáticos de un país, así como sobre los individuos problemáticos, se comunicaba a los funcionarios de los países convertidos en objetivo para que estuvieran plenamente informados de los problemas de los que adolecían. Naturalmente, cuando esos Estados emprendían el ritual de la implementación pública, tomaban toda esa información en consideración. De esta forma, empresas como Toser Publications en Corea del Sur, que habían estado plagiando sin problemas libros de texto estadounidenses sin llamar la atención de su propio gobierno, se vieron convertidas en blanco de redadas gubernamentales y en objeto de sanciones penales.²⁹ Finalmente, el director de Toser Publications pasó algún tiempo en prisión, algo que desestabilizó al gobierno surcoreano.³⁰

El proceso 301 desempeñó un papel crucial en el éxito de la estrategia estadounidense para la propiedad intelectual en el GATT. Una vez que Estados Unidos hubo persuadido, a nivel bilateral, a un número suficiente de países de que actuase en materia de propiedad intelectual, cabía esperar poca resistencia en el foro multilateral a la propuesta de TRIPS. De hecho, la resistencia frente a los objetivos negociadores de Estados Unidos podía ser por sí misma desencadenante del proceso 301. Esta estrategia demostró ser tan efectiva que, al final, las disputas sobre los temas de propiedad intelectual en el GATT se convirtieron en las disputas entre el triunvirato de la propiedad intelectual, a saber, Estados Unidos, Europa y Japón. Llegados a las últimas etapas de la negociación, los países en desarrollo hacía tiempo que habían dejado de resistirse a la propuesta de TRIPS.

El lobby de la propiedad intelectual trabajó duro para establecer y mantener relaciones con la oficina del Representante de Comercio de Estados Unidos.

29. Entrevista a Eric Smith, Director Ejecutivo y Consejero General, IIPA, 25 de octubre de 1993, Washington.

30. Información proporcionada por el Presidente de la Korean Intellectual Property Research Society, 28 de julio de 1994.

Asociaciones como la IIPA o la Business Software Alliance (BSA) proporcionaron al Representante un flujo constante de informes y estimaciones sobre las pérdidas que las compañías norteamericanas estaban sufriendo en varios puntos del globo y, si bien de vez cuando el Representante de Comercio expresó un cierto escepticismo sobre el volumen de las pérdidas estimadas, no existían otras cifras con las que poder seguir trabajando. La cuestión de si el Representante de Comercio acabó convirtiéndose en rehén del lobby de la propiedad intelectual resulta difícil de determinar, pero lo que sí resulta innegable es que se estableció una estrecha relación de trabajo entre ellos. Así, por ejemplo, cuando el Representante tuvo que calcular las reducciones del Sistema Generalizado de Preferencias para países como China, utilizó las cifras proporcionadas por la BSA sobre las pérdidas en dólares que la industria americana había sufrido en esos países.³¹

De forma paralela al proceso 301, se produjo una campaña de concienciación orientada a convertir al vulgo de diversos países a la idea de que el robo no es menor cuando se refiere a la propiedad intelectual. Este trabajo fue llevado a cabo por organizaciones como la BSA, que, desde su creación en 1988, había logrado estar activa, en 1994, en 50 países. La campaña de concienciación adoptó diversas formas. La BSA y otros emprendieron procesos judiciales penales altamente mediáticos contra firmas o individuos culpables de plagio. Aparecieron en diversos videos mensajes sobre los peligros de la piratería; se establecieron líneas telefónicas para atender llamadas sobre actos de piratería; se ofrecieron seminarios sobre la ejecución forzosa de los derechos de copyright. Un gran número de compañías empezaron a ofrecer a sus clientes programas de auditoría de software y la copia ilegal se convirtió en una responsabilidad contingente en el seno del proceso de auditoría. Cada vez que los gobiernos se enfrentaban a reformas legales, el lobby de la propiedad intelectual lanzaba propuestas, a menudo sin escatimar en gastos. Cuando el Comité Australiano para la Revisión de la Ley de Copyright se dispuso a analizar la cuestión de la protección del software, IBM, en lugar de confiar en la superautopista de la información, hizo volar a expertos a Australia para prestar asesoramiento en vivo y en directo y pulir las presentaciones.³²

Si bien Estados Unidos, al amparo del proceso 301, disponía de grandes probabilidades de éxito a la hora de negociar resultados satisfactorios, también es cierto que fue, en palabras de uno de los negociadores, «un proceso lento

31. Entrevista a Robert W. Holleyman II presidente, Business Software Alliance, Washington, 20 de abril de 1994.

32. Información proporcionada por el profesor Dennis Pearce, miembro del Copyright Law Review Committee. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *A&M Records, Inc., v. NAPSTER, Inc* No 00-16401 (2000).

y doloroso».³³ Otro problema es que el bilateralismo agresivo es una estrategia peligrosa a largo plazo, incluso para una nación poderosa. Estados Unidos era y sigue siendo el principal proponente de un orden comercial global de corte liberal, que tiene como idea central que las disputas comerciales deberían ser resueltas desde algún enfoque basado en Derecho. Las medidas bilaterales agresivas e ilegales constituyen una erosión de la credibilidad de un sistema de resolución de conflictos en el marco de un orden comercial multilateral de signo liberal.³⁴ Por último, también se planteó el problema de que la estrategia bilateral sólo funcionaría en la medida en que los otros países dependieran del mercado norteamericano y/o de las concesiones comerciales estadounidenses. Para Estados Unidos era importante disponer de un mecanismo multilateral de resolución de conflictos que pudiera utilizar para impugnar cuestiones comerciales frente a oponentes más fuertes económicamente.

La historia multilateral

El empresariado estadounidense quería que la propiedad intelectual fuese incluida en el GATT porque el GATT ofrecía la posibilidad de una amplia gama de estándares de protección para la propiedad intelectual; unos estándares que podrían ser vinculados a un mecanismo de ejecución.³⁵ En un primer momento no había un apoyo real a la idea por parte del mundo desarrollado. Más significativo aún resulta que no hubiera demasiado entusiasmo hacia la idea por parte de Japón, Europa y Canadá, los otros miembros del QUAD (el QUAD es un grupo diferenciado en el seno del GATT utilizado para hacer avanzar determinados temas). Cuando, a principios de los ochenta, el ACTN empezó a sugerir que la propiedad intelectual pasase a formar parte de la siguiente ronda comercial, el Representante de Comercio estadounidense informó de que no existía demasiada presión en el seno del QUAD para que tal iniciativa se llevase adelante. Simplemente, no se trataba de una prioridad para las industrias europea y japonesa.³⁶

Dado que un acuerdo entre los miembros del QUAD era en sí mismo una precondition para cualquier posibilidad de éxito de la iniciativa en el GATT,

33. Entrevista a Michael Keplinger, negociador de Estados Unidos en el TRIPS, 27 de octubre de 1993, Washington.

34. Muchas de las represalias comerciales hubieran sido ilegales desde el punto de vista del GATT. Cf. R. E. Hudec, «Dispute Settlement», en J.J. Schott (ed.), *Completing the Uruguay Round*, Institute for International Economics, Washington DC, 1990, pág. 198.

35. Cf. *Basic Framework of GATT Provisions On Intellectual Property*, Declaración de las Comunidades Empresariales de Europa, Japón y Estados Unidos, junio de 1988, Comité de Propiedad Intelectual, Kaidanren, UNICE, págs. 11-12.

36. Véase la publicación del Comité de Propiedad Intelectual, 14 de junio de 1988.

el empresariado norteamericano comprendió que se enfrentaba a un ejercicio de construcción de consenso de proporciones hercúleas. Un Comité de Propiedad Intelectual (Intellectual Property Committee, el IPC) fue creado para realizar el trabajo. La analogía con Hércules es apta para los miembros del IPC, entre los que se contaban Bristol-Myers, Du Pont, FMC Corporation, General Electric, General Motors, Hewlett-Packard, IBM, Johnson & Johnson, Merck, Monsanto, Pfizer, Rockwell International y Warner Communications.

El trasfondo de la formación del IPC, en marzo de 1986, está ligado a los directores ejecutivos (CEOs) que eran miembros del President's ACTN Committee. Éstos habían planteado de forma persistente la cuestión de la vinculación entre protección de la propiedad intelectual y comercio ante el Representante de Comercio estadounidense. Cuando se hizo evidente que no se obtendría nada provechoso de la sugerencia de introducir la propiedad intelectual en la siguiente ronda comercial a no ser que, por lo menos, se produjera cierta presión a favor de dicha inclusión por parte de los miembros del QUAD, formaron el IPC. Su primera tarea fue la de crear un consenso internacional entre las comunidades empresariales de los países del QUAD. Una vez que se consiguiera dicho consenso empresarial, este podría ser utilizado para persuadir a los gobiernos de los Estados del QUAD de que apoyaran la inclusión de la propiedad intelectual en la siguiente ronda del GATT, que estaba prevista que fuera lanzada en la Conferencia Ministerial de Punta del Este, en septiembre de 1986.

El IPC inició su tarea con lo que era, en aquel momento, un sentido muy desarrollado de la gran estrategia que debía ser puesta en práctica. Gran parte de esta conciencia se encuentra reflejada en un documento inédito de fecha 1 de septiembre de 1985, redactado por Jacques Gorlin. Gorlin, un economista con experiencia en el ámbito comercial, redactó el documento para IBM en respuesta a una solicitud de la oficina del Representante de Comercio de Estados Unidos, destinada a la realización de un estudio de las principales cuestiones implicadas en la introducción de la propiedad intelectual en la siguiente ronda del GATT. Gorlin había sido también asesor del comité ACTN y había ayudado a preparar muchos de los documentos que el comité había publicado en materia de propiedad intelectual. Si bien había habido análisis anteriores sobre el tema de la propiedad intelectual, el documento de Gorlin contenía propuestas de un posible modelo para un código de la propiedad intelectual en el GATT, así como un análisis detallado de los problemas que Estados Unidos podía esperar encontrar y de lo que podía hacer para superarlos. Se trataba, en otros términos, de una síntesis y un desarrollo de las ideas que una pequeña elite de líderes empresariales, miembros de *lobbies*, asesores y funcionarios de Comercio habían estado discutiendo durante algún tiempo.

Entre el momento de su formación, en marzo de 1986, y la Conferencia de Punta del Este, en septiembre de 1986, el IPC consiguió, sorprendentemente, generar entre los gigantes de la comunidad empresarial internacional (Europa, Japón y Estados Unidos) un consenso acerca del GATT y la propiedad intelectual. En la Conferencia de Punta del Este, el grupo de Estados soberanos que constituían las partes firmantes del GATT aprobaron una Declaración Ministerial que incluía en su agenda reglas para la protección de la propiedad intelectual.

A partir de 1986, Estados Unidos se convirtió, más que nunca, y a resultas de su misión a favor de la propiedad intelectual, en un complejo industrial, legal y burocrático altamente organizado y coordinado. Ed Pratt, de Pfizer, dijo que la acción conjunta del empresariado estadounidense, japonés y europeo representaba «un avance significativo en la implicación de la comunidad empresarial internacional en las negociaciones comerciales»³⁷. Esto es cierto. Pero la iniciativa fue, antes que nada, un proyecto estadounidense. El logro más profundo, en muchos sentidos, fue la elaboración de un sistema de cooperación y coordinación entre el empresariado estadounidense y el gobierno norteamericano, cuyo objetivo era la preservación de la posición central de Estados Unidos en la economía mundial. Las delegaciones comerciales de Estados Unidos en los encuentros de GATT tuvieron acceso al más alto nivel de asesoramiento empresarial (Ed Pratt fue asesor de la Delegación Oficial de Estados Unidos en Punta del Este). El IPC estableció relaciones estrechas de trabajo con la Administración y el Congreso americanos. Tal y como señala una publicación del IPC de 1988, «esta estrecha relación con el Representante de Comercio de Estados Unidos ha permitido al IPC modelar las propuestas de Estados Unidos y negociar posiciones en el curso de las negociaciones».³⁸

Tras ganar la batalla en Punta del Este, Estados Unidos dirigió su atención hacia las siguientes negociaciones. Aparentemente, las cifras no resultaban prometedoras para Estados Unidos. Casi cualquier otro país presente en las negociaciones estaría en posición de ser un importador neto de propiedad intelectual. Europa, con su percepción excesivamente cultural de la propiedad intelectual (al menos a juicio de Estados Unidos) estaba mostrando ya algunas dudas sobre la cuestión. Había mucho trabajo por hacer.

37. Publicación del IPC, 14 de junio de 1988.

38. Publicación del IPC, 14 de junio de 1988.

En el GATT

Estados Unidos estaba mejor preparado que cualquier otra nación para negociar el acuerdo TRIPS. Para empezar, contaba con la ventaja del terreno. El GATT es un lugar donde se comercia libremente con los acuerdos, más que un lugar donde se realizan los acuerdos sobre libre comercio. Este terreno de negociación resultaba familiar para Estados Unidos. Estados Unidos era uno de los pocos países que envió a las negociaciones a negociadores con una sólida experiencia en propiedad intelectual. Los negociadores estadounidenses ya habían tenido experiencia de negociación en materia de propiedad intelectual a través del proceso bilateral, a la que se añadió en el transcurso de las negociaciones sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)³⁹ Con el tiempo, tal y como recomendaba el documento presentado por Gorlin, los profesionales del comercio se habían ido familiarizando con la cuestión de la propiedad intelectual, algo que sin duda les proporcionó ventaja sobre los negociadores de otros países que se aproximaban por primera vez a la propiedad intelectual. También contaban, de una forma limitada, con la ventaja de la sorpresa. La inclusión de la propiedad intelectual en la ronda fue prácticamente una cuestión de último minuto. Los otros países sencillamente no habían atravesado los mismos procesos de elaboración de objetivos que Estados Unidos sí había acometido.

Las fuerzas empresariales trilaterales que el IPC había unido continuaron ejerciendo presión sobre los gobiernos. En 1988, el IPC publicó un manifiesto sobre propiedad intelectual que esperaba que se convirtiese en el plan de acción para un código de la propiedad intelectual en el seno del GATT. El IPC trabajó duro para asegurarse que su coalición empresarial se mantenía en el lugar que deseaba. También trabajó en relación con la Secretaría del GATT. La Secretaría del GATT se enfrentaba por primera vez a la cuestión de la propiedad intelectual. Si bien es cierto que algunos miembros de la Secretaría percibieron una tensión conceptual entre el libre comercio y los privilegios monopolísticos de la propiedad intelectual representaba, también es cierto que el pensamiento de la Secretaría en relación con la cuestión del TRIPS no evolucionó de una manera sistemática, sino que más bien respondió «a los imperativos de las negociaciones».⁴⁰

Con un número tan alto de países en el GATT y con tanto en juego, las posibilidades de un conflicto irresoluble eran elevadas. Esto era especialmen-

39. También conocido como NAFTA, por sus siglas en inglés (North American Free Trade Agreement) o como ALENA, del francés *Accord de libre-échange nord-américain* (*N. del t.*).

40. Entrevista a David Hartridge, Director, Grupo de Negociaciones de la División de Servicios, GATT, 7 de octubre de 1993, Ginebra.

te cierto para las negociaciones del TRIPS, dadas las fuertes divisiones Norte-Sur que anteriormente habían caracterizado la adopción multilateral de tratados en el área. Una de las formas en que los conflictos eran gestionados en el seno del GATT era a través de comités como el QUAD (el más poderoso de ellos), que ayudaban a generar el impulso necesario para la adopción de determinadas decisiones.⁴¹ El mismo enfoque de construcción de consensos que el empresariado estadounidense había adoptado fuera del GATT fue reproducido en su seno. Un grupo de «Amigos de la Propiedad Intelectual» fue formado, y este grupo, junto con el QUAD, contribuyó a configurar los contenidos del texto del TRIPS.

¿Por qué no hubo una mayor resistencia en el GATT ante la propuesta de TRIPS? Después de todo, había mucho en juego. En el contexto de una economía mundial, la existencia de un sistema de privilegios monopolísticos globales podía constituir una seria amenaza para la capacidad de un determinado país de sacar provecho de su ventaja comparativa. La ventaja comparativa viene determinada por los costes marginales. Un sistema global de privilegios monopolísticos podría conceder al titular de dichos privilegios la posibilidad de cambiar los costes marginales de producción para algunos países.

La respuesta a la pregunta de por qué no hubo una mayor resistencia contiene varios aspectos. Los países en desarrollo que intentaron organizar la resistencia se encontraron sujetos al proceso 301. Muchos países creyeron que, si mostraban cierta predisposición a cooperar en el TRIPS, Estados Unidos restringiría la aplicación sobre ellos de la legislación 301.

Había también una ventaja para el TRIPS que provenía de la propia naturaleza del GATT. En el GATT, los países negociaban un amplio número de temas que incluían los derechos de propiedad intelectual, los servicios, la inversión, el comercio de bienes, la agricultura, los estándares alimentarios, etc. La agenda del GATT era una agenda amplia que permitía la posibilidad de que se produjesen muchos tipos de condicionalidades y de vinculaciones. Esto significaba que había más oportunidades para que los países jugaran para ganar. No sólo eso, sino que la derrota en una determinada cuestión podía resultar de alguna utilidad, ya que, en el contexto de las conexiones que el GATT hacía posible, la pérdida se convertía en una concesión que podía ser usada para obtener una victoria en otro ámbito. La agenda del GATT era, además, ingeniosa en otro sentido. El gran número de cuestiones sobre la mesa conllevaba que fuera poco probable que un determinado país,

41. Sobre estos comités, puede consultarse M.J. Powell, *From Patrician to Professional Elite*, Russell Sage Foundation, Nueva Cork, 1988, capítulo 4.

por muy poderoso que fuera, pudiera salir de las negociaciones con una serie de victorias y ninguna derrota. A medida que los éxitos de un país en cuestiones de importancia para él se iban acumulando, se incrementaba la presión sobre ese Estado para que este asegurase que la ronda en su totalidad culminaría exitosamente; y esto, a su vez, implicaba que la presión para que ese país realizara concesiones en determinados temas aumentaba. La amplia agenda hacía probable que todo el mundo pudiera esperar, en algún momento, una recompensa o un resarcimiento.

Sería un error pensar que no se produjeron insurgencias por parte de los países en desarrollo ante la cuestión de la propiedad intelectual. India y Brasil formularon contrapropuestas, pero estas fueron evaluadas por asesores jurídicos de la industria estadounidense que contaban con años de experiencia en materia de protección de la propiedad intelectual y de licencias a escala internacional. Una vez que pasaron por esta evaluación, la estructura de comités en el seno del GATT, grupos como el IPC y el IIPA, el triunvirato empresarial y los países desarrollados se coordinaron para criticar y rechazar las propuestas. Es necesario observar, al llegar a este punto, que el rechazo de las propuestas de los países en desarrollo no era un simple acto de poder y dominación. Los profesionales de la propiedad intelectual de los países desarrollados formaban parte de una vieja tradición secular de conciencia relativa a la propiedad intelectual, de conocimiento doctrinal y de reformulación judicial de ese conocimiento. Por contraste, muchos países en desarrollo sencillamente no contaban con dicha tradición. Por ejemplo: en el momento en que Estados Unidos empezó a negociar con Corea del Sur acerca de la protección de la propiedad intelectual, no existían facultades de Derecho en Corea del Sur que se ocuparan desde la docencia de los aspectos jurídicos de la propiedad intelectual, y no existían tampoco expertos jurídicos coreanos en materia de regulación de dicha propiedad.⁴² Los coreanos eran novatos en lo referente a la propiedad intelectual, y en tanto que novatos se encontraban sujetos al efecto disciplinario del conocimiento técnico. Los negociadores del mundo desarrollado se encontraban prácticamente en una posición de «abuso de autoridad» en términos de pericia técnica.

De forma individual, algunos Estados se vieron completamente rodeados en la cuestión de la propiedad intelectual. A nivel bilateral, esta se convirtió en una condición para cualquier tipo de acuerdo comercial con Estados Unidos, y en los encuentros multilaterales sobre comercio los Estados se veían enfrentados, individualmente, a un consenso construido por Estados Unidos que

42. Información proporcionada por el profesor Song Sang Jun, de la Universidad Nacional de Seúl, Corea, 28 de julio de 1994.

aglutinaba a los principales poderes comerciales en la materia. A nivel regional, países como Chile, Argentina o Venezuela, que en algún momento buscarían formar parte del TLCAN, empezaron a ver la cuestión de la propiedad intelectual como el precio que había que pagar por la admisión.⁴³ Y, mientras se producían los encuentros en los distintos niveles, los países debían enfrentarse a la amenaza de la Sección 301 estadounidense. El gobierno y el empresariado estadounidense obtuvieron el éxito en sus objetivos relacionados con la propiedad intelectual porque plantearon las cuestiones de forma implacable en todos los niveles posibles, en todos los foros posibles, y utilizando a todos los agentes posibles.

Conclusión

Existen muchos mecanismos oscilando entre los deseos, la racionalidad, la acción colectiva y las normas sociales que, potencialmente, pueden intervenir en el surgimiento de una institución.⁴⁴ La historia del TRIPS sugiere que hay, y seguirán habiendo, límites a la explicación de la aparición de órdenes reguladores internacionales mediante la idea de la cooperación y los modelos del actor racional.⁴⁵ Los Estados, que actúan como unidades con intereses propios y en base al principio de soberanía, rechazarán negociar con otros Estados, o se marcharán de las negociaciones, o conducirán las negociaciones a un callejón sin salida. La experiencia estadounidense en la OMPI demostró claramente que Estados Unidos tenía pocas esperanzas de persuadir a los países en desarrollo de que asumiesen sus demandas de un paradigma ampliado y ejecutable de propiedad intelectual.

En el caso del TRIPS, operó un mecanismo causal básico y bien establecido: la coerción. Los Estados coaccionan a otros Estados. La forma de coerción más popular ha sido siempre, y de lejos, la guerra o la amenaza de guerra.⁴⁶ Las pautas de la coerción militar forman una parte tan consolidada de la historia de los Estados porque los gobernantes siempre han querido dominar a otros Estados y sus recursos. El consejo de Maquiavelo en *El príncipe* no era sólo un

43. El artículo 102 (d) del Capítulo Primero del TLCAN establece que uno de los objetivos del acuerdo es «proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes».

44. Para un estudio excelente de la cuestión, véase J. Elster, *Nuts and Bolts*, Cambridge University Press, Cambridge, Nueva Cork, 1989.

45. Para el uso de estos modelos véase R.O. Keohane, *After Hegemony*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1984. Cf. C. Tilly, *Coertion, Capital, and European Status, AD 990-1990*, Basil Blackwell, 1990.

46. C. Tilly, *Coertion, Capital, and European Status, AD 990-1990*, Basil Blackwell, 1990.

consejo sino una descripción precisa de lo que los Estados harían: «Un príncipe no debe entonces tener otro objeto ni pensamiento ni preocuparse de cosa alguna fuera del arte de la guerra, su organización y su disciplina».

La historia de la propiedad intelectual es una historia de coerción, pero es una historia económica antes que militar. Estados Unidos usó un sofisticado proceso de amenazas comerciales y represalias para coaccionar a algunos Estados para que cumplieren con los objetivos estadounidenses relativos a la propiedad intelectual. Los motivos para el uso y desarrollo de estos mecanismos de coerción son claros. Las compañías multinacionales que se revestían de una identidad estadounidense argumentaron exitosamente que la coerción comercial era la única manera en que podría detenerse el robo de tecnología estadounidense y de los beneficios correspondientes.

Para el gobierno estadounidense, también hay una recompensa. Al ayudar a su clientela multinacional a conseguir *dominium* sobre ese objeto abstracto que es la propiedad intelectual, Estados Unidos avanza un gran trecho en la preservación de su *imperium*. A cierto nivel, la historia del TRIPS es, en gran medida, la historia de la continuación de la hegemonía norteamericana. Keohane ha sostenido que un poder hegemónico debe controlar las materias primas, las fuentes del capital, los mercados y las ventajas competitivas en la producción de bienes altamente valorados.⁴⁷ Una vía posible hacia el control de los objetos materiales es el control de los objetos abstractos. Un derecho de patente sobre el ADN, o un copyright sobre software, es un derecho de propiedad sobre un bien abstracto que otorga a su titular el poder de determinar la reproducción física de ese objeto. Un régimen global de propiedad ofrece la posibilidad de que los bienes abstractos pasen a ser controlados por un Estado hegemónico que se los apropia. Los algoritmos implementados en un software, la información genética de plantas y humanos, los compuestos químicos y las estructuras son todos ejemplos de objetos abstractos que forman un tipo importante de capital.

Sin embargo, sería un error ver el TRIPS exclusivamente en términos de coerción del poderoso sobre el débil. El empresariado estadounidense nunca tuvo la certeza de que el TRIPS fuese «factible».⁴⁸ Su objetivo era, inicialmente, un acuerdo mucho más modesto que el que finalmente vio la luz.⁴⁹ El trabajo de individuos que, de forma emprendedora, consiguieron explotar las

47. Keohane, *op. cit.* págs. 32-33.

48. Entrevista a Richard Lehmann, Director de Programas Gubernamentales de Asuntos Públicos, IBM, Washington, 27 de septiembre de 1994.

49. Entrevista a Lars Arnell, Presidente de las negociaciones del TRIPS en el GATT, realizada por John Braithwaite el 30 de julio de 1994.

posibilidades de las estructuras existentes para crear otras nuevas fue crucial para el éxito de Estados Unidos. Conectar la propiedad industrial con el comercio simplemente no habría sido posible sin las aportaciones creativas de juristas y economistas.⁵⁰ Fueron ellos quienes alertaron a las compañías estadounidenses de las posibilidades que esa vinculación podría proporcionar y los que aportaron la pericia técnica necesaria. Si, por poner un ejemplo, el empresariado estadounidense no hubiera presentado una propuesta concreta sobre el tipo de acuerdo que esperaba del GATT, las negociaciones del TRIPS, sin duda, no habrían conseguido producir un acuerdo detallado y exhaustivo. En otras palabras: el poder estadounidense no sólo tuvo una base comercial, sino que estuvo basado también en la posesión de un corpus de conocimientos económicos y jurídicos que fue movilizado en etapas cruciales por individuos que vieron oportunidades donde otros sólo veían restricciones.

Hay una última conjetura que el caso de la propiedad intelectual nos permite formular acerca de la naturaleza de la regulación global. La historia de la propiedad intelectual es un ejemplo de alianza estratégica entre tres agrupaciones empresariales y el gobierno norteamericano. Pero esta alianza era frágil. Por ejemplo: si Estados Unidos utilizase las sanciones comerciales para intentar equiparar los costes del trabajo en el mundo, se encontraría desprovisto del apoyo de esas organizaciones empresariales. Sin embargo, encontraría fácilmente apoyo en los proteccionistas y los grupos de derechos humanos. Las cuestiones reguladoras globales pueden dar lugar a una multiplicidad de cuestiones concretas relacionadas con los órdenes hegemónicos, ninguna de las cuales es necesariamente idéntica a las otras. Otros asuntos globales como el medio ambiente, los derechos de los animales o la regulación financiera ofrecen la posibilidad de que diferentes actores, tanto estatales como no-estatales, formen alianzas con el objetivo de constituir, mediante una estrategia coercitiva, un orden regulador global. Las redes de alianzas en las relaciones internacionales no deberían estar dominadas por los Estados, como lo han estado en el pasado. Los Estados dominaron las redes de alianzas porque se organizaron por y contra el poder militar de otros Estados. Futuros órdenes reguladores contarán con alianzas más complejas estructuralmente y dependerán más en formas de coerción no-militares para su existencia.

50. Sobre el carácter emprendedor en materia jurídica, cf. M.J. Powell, «Professional Innovation: Corporate Lawyers and Private Lawmaking», en *Law and Social Inquiry*, 18, 1993, pág. 423.

Negociando con Al Capone: protección a cambio de propiedad intelectual*

PETER DRAHOS

Este capítulo plantea la hipótesis de que puede haber demasiada propiedad intelectual. En otras palabras, si los estados continúan incrementando cada vez más los estándares de protección de la propiedad intelectual, en algún momento producirán resultados subóptimos para sí mismos. Esta hipótesis tendría apoyo universal entre los economistas. Se explica esquemáticamente en la primera sección.

La siguiente sección explica como los Estados Unidos están globalizando y al mismo tiempo incrementando los estándares de protección de propiedad intelectual. Un claro efecto de esto, es que los Estados Unidos están incrementando la posibilidad de obtener rentas económicas mayores de sus activos de propiedad intelectual. No obstante, establecer estándares más altos de propiedad intelectual es una cosa y lograr que los países en vías de desarrollo cumplan con esos estándares es otra. La sección tres explica cómo las normas de resolución de diferencias de los Tratados de Libre Comercio (TLC) se ajustan a la estrategia de aplicación de la propiedad intelectual llevada a cabo por los Estados Unidos.

La sección final asume, para los propósitos del argumento, que los estándares de propiedad intelectual pueden estar aproximándose a niveles subóptimos para los Estados Unidos. Esto hace surgir dos importantes preguntas. ¿Podemos esperar que los Estados Unidos cambien su estrategia sobre la propiedad

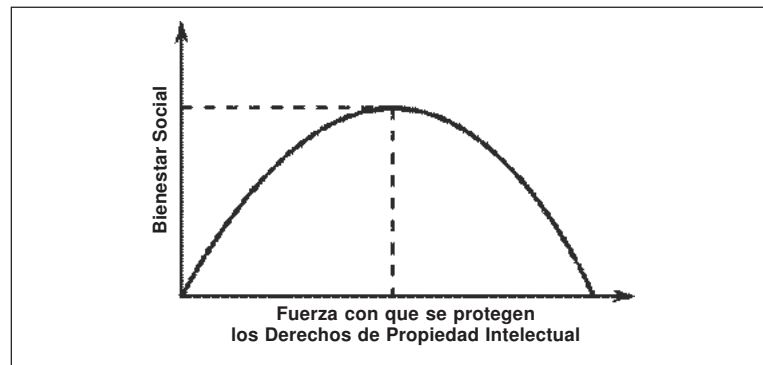
*Trad. de Sulan Wong rev. por J.A. Estévez.

intelectual? ¿Podemos esperar que los países en vías de desarrollo no sigan firmando TLC con los Estados Unidos que contienen disposiciones sobre propiedad intelectual? Este capítulo ofrece razones por las que la respuesta a ambas preguntas, es probablemente no.

Demasiada propiedad intelectual?

La teoría económica sugiere que una sociedad que no haya dispuesto de ningún mecanismo de protección de la propiedad intelectual, casi seguramente no estará asignando recursos a la invención y a la creación en un nivel óptimo.¹ Pero igualmente, una sociedad que alcanzó extremos de protección podría incurrir ciertamente en costes que exceden los beneficios. Los derechos de propiedad intelectual permiten a sus titulares excluir a otros de usar información socialmente valiosa. En algún momento, el que los propietarios mantengan este poder de propiedad intelectual se vuelve demasiado costoso en términos de bienestar social. Las reglas de la aritmética, por ejemplo, pueden ser usadas y reusadas infinitamente. El coste de excluir a otros del uso de estas reglas debería ser muy alto en términos económicos y en términos de libertades humanas básicas. La Figura 1 captura la idea de que uno puede tener demasiada protección de la propiedad intelectual.

Figura 1
La fuerza de los estándares de propiedad intelectual y el bienestar social



1. William M. Landes & Richard A Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (2003).

La afirmación de que hay un nivel de protección de propiedad intelectual que produce un resultado óptimo en términos de bienestar social hace aflorar un importante tema en el contexto del desarrollo. ¿Hay diferentes puntos óptimos para países en diferentes etapas de desarrollo? Está claro que la producción y aprendizaje por imitación son importantes para los países en vías de desarrollo. Las multinacionales que operan en los países en vías de desarrollo, generalmente lo hacen con niveles más altos de activos de conocimiento que las empresas domésticas. Hay un margen para que las empresas domésticas se beneficien de esta externalidad positiva². El que las empresas domésticas logren ganancias de productividad, está profundamente condicionado por las reglas de propiedad que gobiernan la producción por imitación. La producción y el aprendizaje por imitación requieren de un conjunto de derechos de propiedad intelectual apropiadamente diseñados (p.ej., reglas que permitan algún grado de ingeniería inversa).

La producción por imitación requiere típicamente de menos capital, un factor que es importante para los países en vías de desarrollo. Si, siguiendo a Coase, pensamos en los derechos de propiedad como factores de producción, se concluye que esos derechos de propiedad deberían ser diseñados de forma que coincidan con las ventajas comparativas que un país tiene en otros factores de producción.³ Esto sugiere que habrá costes reales a largo plazo para los países en vías de desarrollo si estos continúan participando en un régimen global de derechos de propiedad intelectual que continua elevando los estándares de protección. Esta misma conclusión se obtiene de la teoría del capitalismo comparativo.⁴ Esta teoría sugiere que los países deben escoger su sistema de regulación de la propiedad intelectual poniendo la mirada en como se ajustará a otras importantes instituciones de política legal e industrial, desde la política de competencia a la política de mercado laboral. La propiedad y estas otras instituciones forman un todo orgánico. Si los derechos de propiedad particulares contribuyen al bienestar del todo, o no, es una materia que exige un cuidadoso diagnóstico. Tal como un médico, las naciones deben tener la libertad para diseñar el tratamiento adecuado una vez que el diagnóstico ha revelado el origen del problema. Como Jeffrey Sachs dice, la economía del desarrollo debe luchar por ser más como la medicina clínica en su enfoque del problema.⁵ La idea de que hay diferentes puntos óptimos de protección de propiedad intelectual para diferentes países está representada en la Figura 2.

2. Holger Görg & Eric Strobl, *Multinational Companies and Productivity Spillovers: A Meta Analysis*, 111 *Econ* (2001).

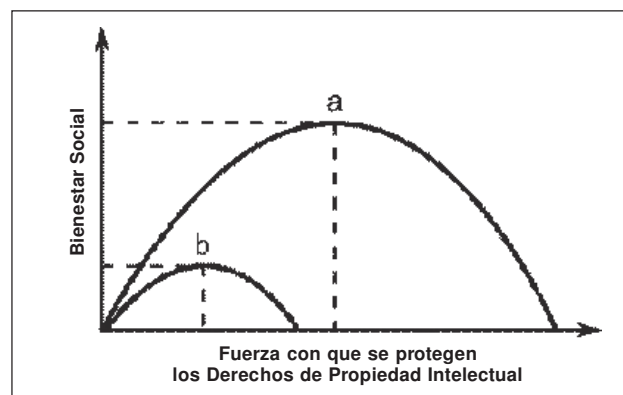
3. R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. L. & Econ.* 1 (1960).

4. Peter A. Hall & David Soskice, *An Introduction to Varieties of Capitalism*, en *Varieties of Capitalism 1* (Peter A. Hall & David Soskice eds. 2001).

5. Jeffrey D. Sachs, *The End of Poverty* 75 (2005).

Incluso si hay beneficios para Nueva Guinea en tener un sistema de patentes (y esta es un cuestión abierta), un sistema de patentes óptimamente diseñado para Nueva Guinea es probable que sea muy diferente del de los Estados Unidos. En la Figura 2 el punto óptimo de protección de la propiedad intelectual del País «b» es enormemente sobrepasado por los estándares de protección requeridos para alcanzar el punto óptimo del País «a».

Figura 2
Diferentes puntos óptimos para diferentes países



Este análisis resumido de la economía de la propiedad intelectual en el contexto del desarrollo económico sugiere que los estados deberían ser prudentes al retener la soberanía para diseñar los derechos de propiedad intelectual. Aún más, dada las diferencias de desarrollo entre las naciones, uno podría esperar encontrar una gran diversidad de estándares de protección de propiedad intelectual. Sin embargo, la única característica sobresaliente de los derechos de propiedad intelectual ha sido su incesante expansión, en alcance y rigor, en la segunda mitad del siglo veinte. Las antiguas formas de protección tales como el derecho de patentes y el copyright han sido expandidas para acomodar nuevos tipos de objetos, tales como los métodos de negocio en el caso del primero y los programas de ordenador en el caso del último. Nuevos tipos de protección han surgido (e.g., protección de chips semi-conductores, variedades de plantas y bases de datos), y a nivel internacional ha habido un constante crecimiento en el número de tratados internacionales. En el siglo XIX, fueron negociados dos importantes tratados multilaterales sobre propiedad intelectual por algunos estados: la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886) y la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883). Hoy, la Organiza-

ción Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) administra cerca de veintitrés tratados sobre propiedad intelectual. Hay cientos de acuerdos a nivel bilateral y regional que contienen capítulos sobre propiedad intelectual. Y lo más importante, todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) —actualmente 149— han aceptado cumplir con los estándares de protección que fueron establecidos en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El rol que la OMC y los ADPIC juegan en la expansión de los derechos de propiedad intelectual es discutido en la próxima sección.

El Trinquete global de la Propiedad Intelectual

El Acuerdo sobre los ADPIC fue probablemente el acuerdo más importante sobre propiedad intelectual en el siglo XX, debido a que conectaba los estándares de propiedad intelectual a los mecanismos comerciales.⁶ Este fue el acuerdo más importante, hasta la fecha, para las multinacionales farmacéuticas, debido a que significaba que países como la India, que eran grandes productores de genéricos, tenían que conceder patentes sobre compuestos farmacéuticos como un asunto de derecho interno.⁷ El elaborado herraje de todas las estrategias de patentabilidad para las drogas exitosas descansa sobre patentes claves que protegen los compuestos. Sin tales patentes, las compañías de genéricos pueden competir y el precio de los compuestos inevitablemente decrece.⁸

Durante la década de 1980, los Estados Unidos habían establecido el escenario para los ADPIC a través de una serie de negociaciones bilaterales estratégicas sobre propiedad intelectual con países como Corea del Sur y Brasil. Un incentivo que fue ofrecido a los países en vías en desarrollo en las exitosas negociaciones de los ADPIC, fue que los Estados Unidos podrían desistir de

6. Fue como Jerome Reichman observa «una revolución en legislación internacional de propiedad intelectual». Ver J. H. Reichman, *The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries?*, 32 Case W. Res. J. Int'l L. 441, 442 (2000). La historia de los ADPIC ha sido bien documentada. Ver Peter Drahos con John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* (2002); Duncan Matthews, *Globalising Intellectual Property Rights* (2002); Michael P. Ryan, *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property* (1998); Susan K. Sell, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights* (2003).

7. Ver Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights art. 27(1), Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments - Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M 1197 (1994) [de aquí en adelante ADPIC].

8. Para una discusión de los efectos de los precios en la competencia de genéricos, ver Fed. Trade Comm'n, *Generic Drug Entry Prior to Patent Expiration: An FTC Study* 9. (2002).

usar sus herramientas de sanción comercial para obtener los estándares que quería.⁹

Después que los ADPIC fueron concluidos, los Estados Unidos intensificaron incluso el nivel de actividad bilateral. Usaron las herramientas de sanción comercial de su Trade Act de 1974 para revisar los estándares de propiedad intelectual de cada vez más países, y concluyeron muchos más acuerdos bilaterales relacionados a la propiedad intelectual que los que tenía en la década de los 1980.¹⁰ En efecto, habían creado, sin que nadie realmente notara un trinquete regulatorio global para la propiedad intelectual. Los Estados Unidos fueron los principales arquitectos de este trinquete, haciendo un menor uso de la Unión Europea.¹¹

En resumen, este proceso de ajuste irreversible depende de:

1. Un proceso de cambio de foro: una estrategia por la que los Estados Unidos y la Unión Europea cambian su criterio de definición de estándares desde los foros donde están encontrando dificultades a los foros donde probablemente tendrán éxito;
2. estrategias coordinadas, bilaterales y multilaterales, de propiedad intelectual; y
3. el atrincheramiento en acuerdos de propiedad intelectual sustentado en un principio de estándares de protección mínimos-pero-no máximos.

El cambio de foros en la regulación internacional está compuesto de tres estrategias básicas -mover un asunto desde una organización a otra, dejar una organización, y el tratamiento de asuntos en más de una organización.¹² La razón básica para cambiar de foro es que incrementa las oportunidades de victoria del que cambia de foro. Las reglas y los modos de operación de cada organización internacional constituyen las ganancias que un estado podría esperar recibir si juega en ese foro particular. Cambiar de foro es una forma de constituir un nuevo juego. Al enfrentarse a la derrota o a un resultado subóptimo en un foro, un estado puede obtener un mejor resultado al cambiar su agenda a un nuevo foro. En su estudio de la regulación de negocios globales, John Braithwaite y yo encontramos que el cambio el foro se había convertido en importante después de la

9. Ver por ejemplo, la afirmación del miembro de la oficina del USTR Emory Simon en *Remarks of Mr. Emory Simon*, 22 Vand. J. Trans'l L. 367, 370 (1989).

10. Ver Peter Drahos, *BITs and BIPs: Bilateralism in Intellectual Property*, 4 J. World Intell. Prop. 791.

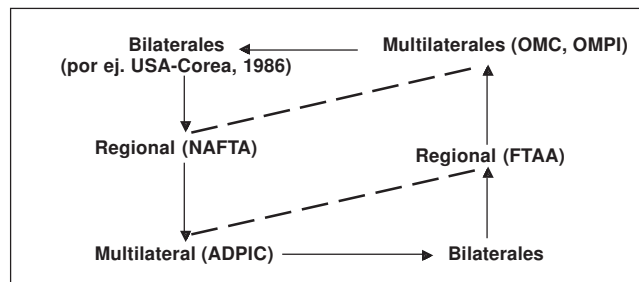
11. John Braithwaite & Peter Drahos, *Global Business Regulation* 566 (2000).

12. Para una detallada explicación de esta estrategia y algunos ejemplos ver id. ch. 24.

Segunda Guerra Mundial y que los Estados Unidos fue el principal estado que lo usó.¹³

El principio protección de mínimos-pero-no-máximos juega un rol vital en el trinquete regulatorio. Cada acuerdo bilateral o multilateral ligado a la propiedad intelectual contiene una provisión al efecto de que una parte de tal acuerdo pueda implementar una protección más extensiva que la requerida bajo el acuerdo, o que el acuerdo no deroga otros acuerdos que prevén incluso un tratamiento más favorable.¹⁴ Esto significa que cada subsecuente acuerdo bilateral o multilateral puede establecer un estándar más alto. El trinquete, por tanto, puede solamente viajar en la dirección de estándares más fuertes. El trinquete global de la propiedad intelectual consiste en olas de ejercicios bilaterales de definición de estándares (comenzando en la década de 1980) seguido de ocasionales ejercicios similares multilaterales (ver Figura 3). Cada ola de tratados bilaterales o multilaterales nunca deroga estándares existentes y muy frecuentemente establece otros nuevos.

Figura 3
El trinquete global de la propiedad intelectual



Las flechas de líneas discontinuas indican que los Estados Unidos tienen la capacidad y los recursos para llevar a cabo negociaciones en diferentes foros al mismo tiempo. Dónde están los Estados Unidos y la Unión Europea en un momento dado en el ciclo de ajuste viene determinado esencialmente por cuánta resistencia efectiva están encontrando en cuanto a sus objetivos de

13. Id. at 564-565.

14. Ver, e.g., North American Free Trade Agreement, Can-Mex-U.S., Dec 17, 1992, art- 1702. 32 I.L.M. 289 (1992); TRIPS, *supra* nota 7, art. 1(I); United States-Australia Free Trade Agreement, U.S.-Australia., 17.1.5, May 18 2004, disponible en <http://www.ustr.gov/> [a partir de aquí TLC U.S.-Australia]; United States-Jordan Free Trade Agreement, U.S-Jordan, art. 4.1. 24, 2000, disponible en <http://www.ustr.gov/>.

negociación. El bilateralismo que precedió a los ADPIC y que estableció su base fue activado por la resistencia que los Estados Unidos encontraron en su agenda de propiedad intelectual en el Acuerdo General Sobre Comercio y Aranceles (GATT).¹⁵ Ahora, está claro que los Estados Unidos está en una fase bilateral. La Declaración Ministerial que lanzó la ronda de Doha de negociaciones comerciales multilaterales en 2001 contenía solamente un modesto programa de trabajo en relación a los ADPIC, con las denominaciones de origen como punto principal para la negociación.¹⁶ Bilateralmente, sin embargo, los Estados Unidos han estado ocupados negociando TLC con países como Jordania, Chile, Singapur, y Australia. Estos países son modelos regionales importantes estratégicamente. Como Liew Woon Yin observa, el TLC entre Estados Unidos-Singapur, «estaba destinado a ser usado como una plantilla para los futuros TLC entre Asia y Estados Unidos».¹⁷

Son los Estados Unidos quienes tienen más que ganar del intercambio en activos basados en propiedad intelectual, lo cual está impulsando el trinquete regulatorio global para la protección de propiedad intelectual. Otros TLC que no tienen a los Estados Unidos como una de las partes contienen capítulos sobre propiedad intelectual mucho más modestos, debido a que las partes son importadores netos de propiedad intelectual y tienen poco que ganar del incremento de los actuales estándares internacionales de protección. El TLC entre Australia y Tailandia, por ejemplo, contiene apenas cinco artículos de propiedad intelectual.¹⁸ Simplemente compromete a las dos partes a los estándares de los ADPIC. Similarmente, el capítulo de propiedad intelectual del TLC entre Singapur y Australia contiene unos modestos siete artículos.¹⁹

El foco sobre los TLC en este momento también puede ser explicado en términos de la resistencia efectiva que los Estados Unidos han estado encontrando en el Consejo de los ADPIC en los últimos años.²⁰ El Consejo de los ADPIC fue el lugar en el que los estados africanos lanzaron una iniciativa en junio de 2001, dirigida a examinar el rol de los derechos de propiedad intelectual en el acceso a las medicinas. El final de 2001 vio como los miembros de OMC acordaban la Declaración sobre el Acuerdo de los ADPIC y Salud

15. Drahos with Braithwaite, *supra* nota 6, at 134.

16. Ver World Trade Org. [WTO], Doha Ministerial Declaration of 14 November 2001, pp. 17-18. WT/MIN (01)/DED/1, 41 I.L.M 746 (2002).

17. Liew Woon Yin, *Intellectual Property Rights*, en *The United States Singapore Free Trade Agreement: Highlights and Insights* 123, 126 (Tommy Koh & Chang Li Lin eds., 2004.)

18. Ver capítulo 13 del Thailand-Australia Free Trade Agreement.

19. Ver capítulo 13 del Singapore, Australia Free Trade Agreement.

20. Peter Drahos, *Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting*, 5 J. World Intell. Prop. 765, 780-783 (2002).

Pública, una declaración que la industria farmacéutica de los Estados Unidos consideró como un golpe contra sus intereses y que hizo todo lo posible por minimizar.²¹ Similarmente, la revisión del artículo 27 (3)(b) de los ADPIC que fue iniciada en 1999 no ha discurrido en la forma en que los Estados Unidos hubiesen querido. En esencia, los Estados Unidos querían alinear los ADPIC con la que es su posición interna: «virtualmente cualquier cosa es patentable»²² En vez de esto, lo que ocurrió durante el curso de la revisión fue un diálogo de muy amplio rango en el Consejo de los ADPIC que planteó muchos temas sobre patentes, incluso la necesidad de integrar mejor las previsiones de los ADPIC con un enfoque en favor de la biodiversidad que los estados habían acordado en el contexto de la Convención sobre Biodiversidad Biológica.²³ Los países en vías de desarrollo fueron capaces de resistir las propuestas de los Estados Unidos en el contexto del Consejo de los ADPIC debido a que fuera del Consejo se les dio asistencia por parte de actores de la sociedad civil.²⁴ Estos ayudaron a proveer experiencia técnica y, a través de una campaña global, probaron ser altamente efectivos planteando preguntas sobre los orígenes de los ADPIC y su legitimidad moral. Favoreció tanto a la sociedad civil como a los países en vías de desarrollo, que el Consejo de los ADPIC fuese un foro altamente visible en el que pudieran concentrar sus recursos. La respuesta de los Estados Unidos ha sido centrarse en los Tratados de Libre Comercio (TLC). En los TLC que han sido concluidos recientemente, se han tratado y en muchos casos se han obtenido estándares de propiedad intelectual similares a la situación interna de los Estados Unidos.²⁵ Estos TLC también refuerzan la posición de los Estados Unidos, algo que es discutido con más detalle en la próxima sección.

21. Ver Susan K. Sell, *TRIPS and the Access to Medicines Campaign*, *Wisc Int'l L.J.* 481, 518-519 (2002).

22. Ver *Hughes Aircraft Co. v. United States*, 148 F.3d 1384, 1385 (Fed. Cir. 1998).

23. Para un análisis de las respuestas a los ADPIC por ONG y estados en vías de desarrollo ver Laurance R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPS Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 *Yale Int'l L.J.* (2004); ver también Boniface Guwa Chidyausiku, *Article 27.3 (b) of the TRIPS Agreement: The Review Process and Developments at National and Regional Levels*, en *Trading in Knowledge* 101 (Christophe Bellmann, Graham Dutfield & Ricardo Melendez-Ortiz eds., 2003).

24. Ver Sell, *TRIPS and the Access to Medicines Campaign*, *supra* note 21, at 481; Ruth Mayne, *The Global Campaign on Patents and Access to Medicines: An Oxfam perspective*, en *Global Intellectual Property Rights: Knowledge Access and Development* 224 (Peter Drahos & Ruth Mayne ed., 2002).

25. Bajo la Bipartisan Trade Promotion Authority Act de 2002, el Congreso ha establecido que un objetivo de negociación general para los Estados Unidos es obtener en acuerdos bilaterales y multilaterales provisiones que «reflejen un estándar de protección similar a aquellos encontrados en la ley de los Estados Unidos». 19 U.S.C §3802 (2004).

La importancia de los foros de resolución de diferencias bilaterales en el trinquete

Una de las características de los TLC, que los Estados Unidos han firmado, es que los capítulos de solución de diferencias contienen provisiones de elección de foro que le otorgan al estado reclamante la capacidad de escoger el foro en los casos en que el estado demandado ha incumplido una obligación contenida en más de un acuerdo comercial y en que los estados son partes en los acuerdos comerciales relevantes.²⁶ La capacidad de un estado fuerte para escoger, por así decirlo, su campo de batalla legal tiene implicaciones importantes para los estados más débiles, especialmente en aquellos casos en que el estado más fuerte saca la disputa del entorno multilateral de la OMC. Un argumento en favor de la OMC, recientemente repetido en un reporte sobre el futuro de la OMC, es que «ningún grupo tiene un mayor interés [en el éxito de la OMC] que el débil y el pobre».²⁷ Si los Estados Unidos y la Unión Europea conjuntamente crean una red bilateral de reglas comerciales dotadas de mecanismos de aplicación, entonces ambos habrán incrementado sus opciones para manejar sus diferencias con sus diferentes socios comerciales. Es cierto que todos los estados que participan en esta red bilateral querrán, como un asunto de igualdad, incrementar sus oportunidades de cambios de foro. Sin embargo, como un asunto de igualdad sustantiva, solo unos pocos estados tendrán la capacidad para explotar esas oportunidades. Los estados más débiles no necesariamente saldrán mejor parados en un mundo de reglas comerciales bilateralizadas y ejecutables. Veremos un poco más tarde que los lobbies de propiedad intelectual, fuertemente organizados en los Estados Unidos, tienen más incentivos para usar o amenazar con usar los mecanismos de resolución de diferencias de los TLC para aplicar los capítulos de propiedad intelectual de estos acuerdos.

La proliferación de los TLC junto con membresía de la OMC puede resultar en una situación en la que un estado incumpla una obligación que está contenida en más de un acuerdo. Por ejemplo, los capítulos de propiedad intelectual de los TLC de los Estados Unidos adoptan el lenguaje de los ADPIC, y así, los estados están aceptando obligaciones que ya habían asumido en el

26. Ver Central America-Dominican Republic Free Trade Agreement, May 28, 2004, art 20.3, available en <http://www.ustr.gov/>; U.S.-Australia TLC, *supra* note 14, art. 21.4; United States-Bahrain Free Trade Agreement, Septo. 14, 2004, U.S.-Bahrain, art. 19.4, disponible en <http://www.ustr.gov/>; United States-Chile Trade Agreement, US-Chile, arrt. 22.3 June 6, 2003, disponible en <http://www.ustr.gov/>; United States-Singapore Free Trade Agreement, U.S.-Sing., art. 20.4.3, May 6, 2003, disponible en <http://www.ustr.gov/>.

27. Ver OMC, The Future of the WTO: Report by Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi, p. 53 (2004).

contexto de la OMC.²⁸ Las instancias de «doble incumplimiento» en estos TLC de los Estados Unidos están gobernadas por una provisión de elección del foro.²⁹ En palabras del TLC US-Australia, «la parte reclamante puede seleccionar el foro en el cual resolver la disputa » y «el foro seleccionado podrá ser usado para la exclusión de otros». La exclusión de otros foros depende de si la parte reclamante exige un panel, así que presumiblemente algunos foros pueden ser usados en paralelo hasta ese momento. Este enfoque para escoger el foro no es el único. Un ejemplo de un enfoque diferente se encuentra en el artículo 189 4 (c) del TLC entre la Unión Europea y Chile. Bajo este artículo, una parte que busca reparación por incumplimiento de una obligación que es también un incumplimiento de una obligación de la OMC «deberá recurrir» a la OMC (a menos que ambas partes acuerden lo contrario).³⁰ Lo importante, bajo este enfoque, es que el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias de la OMC (ESD) es el primer foro y el estado reclamante no puede unilateralmente decidir plantear la disputa fuera de la ESD.

Existen incentivos para algunas de las sociedades público-privadas que impulsan el litigio comercial de los Estados Unidos, para presionar porque sea planteada una acción comercial bajo un TLC, en vez de en la OMC.³¹ Para empezar, habrán casos donde el TLC establece un estándar que no se encuentra en los ADPIC (tales como una extensión de los términos de derecho de autor, o una obligación sobre la autoridad de registro de fármacos para chequear la existencia de patentes en relación a la aplicación de registro de un fármaco por una compañía de genéricos), y, así, resolver las diferencias bajo el TLC sería la única opción. Habrá otras situaciones en las que un estado que es parte del Acuerdo de los ADPIC y un TLC con los Estados Unidos puede incumplir una obligación común a ambos acuerdos. En qué foro decidan los Estados Unidos resolver una diferencia vendrá determinado por una serie de factores. Pero no cuenta que los TLC de los Estados Unidos sobre propiedad intelectual contengan estándares más precisamente articulados sobre algunos temas, mientras que el estándar de los ADPIC sea algo vago y con final abierto. A modo de ejemplo, el artículo 39 (3) del Acuerdo de los ADPIC, que trata de la protección de los datos que son presentados por una compañía farmacéutica ante una autoridad para registrar una medicina, con el propósito de obtener aprobación comercial, no especifica el periodo de protección de estos datos. Los subsiguientes TLC de los Estados Unidos tie-

28. Para un ejemplo de esto, comparar U.S.-Australia TLC *supra* nota 14, art.17.9.1, con los ADPIC, *supra* note 7, art.27(1). Ambos tratan de materias sujeto de patentes.

29. Ver, e.g., US.-Australia TLC, , *supra* nota26, art.22.3.

30. Ver capítulo III, artículo 4(c) del TLC entre Unión Europea-Chile.

nen un estándar mínimo de cinco años de protección.³² En cualquier disputa sobre el periodo de protección de los datos, daría ventaja a los Estados Unidos tener un estándar específico en el TLC relevante, más que intentar la tarea más difícil de argumentar que un término específico de protección está contenido dentro de los estándares de los ADPIC. Es más, cualquier disputa en los ADPIC relacionada a la salud pública y patentes y que afecte a los países en vías de desarrollo atraerá a un gran número de terceras partes. Efectivamente, los países en vías de desarrollo líderes tales como Brasil y la India deberían reservarse derechos sobre terceros, y así probablemente deberían hacerlo los países Africanos que han estado muy activos en el Consejo de los ADPIC en temas de derechos de propiedad intelectual y acceso a los medicamentos.³³ Tal diferencia comercial podría escalar rápidamente en una confrontación compleja con una coalición. Una confrontación que podría incluir los enérgicos medios de los grupos de la sociedad civil para asistir a los países en vías de desarrollo. Por tales razones, el proceso de resolución de diferencias de los TLC puede ser un foro más apropiado a los ojos de los Estados Unidos para resolver las controversias sobre propiedad intelectual.

También hay que destacar que una de las opciones para un estado condenado según los recientes TLC de los Estados Unidos es el pago de una compensación monetaria, una multa en otras palabras. La posibilidad de imponer una multa puede tener alguna influencia en las preferencias de las industrias norteamericanas de propiedad intelectual cuando éstas escogen el foro. Los lobbies de propiedad intelectual tales como la *International Intellectual Property Alliance* se han vuelto adeptos a la cuantificación del tamaño de sus pérdidas cuando se trata de temas sobre infracción de propiedad intelectual.³⁴ Una preocupación práctica para esos grupos es que el litigio en la OMC, incluso si tiene éxito, no requiere «que el gobierno sancionador indemnice a los acto-

31. Sobre la forma en que estas sociedades trabajan, ver Gregory C. Shaffer, *Defending Interest: Public-Private Partnerships in WTO Litigation* (2003).

32. Ver, e.g., U.S.-Australia TLC, *supra* nota 14, art.17.10.1 (a). Para una completa comparación de los ADPIC y los TLC sobre la exclusividad de los datos, ver Carlos M. Correa, *Protecting Test Data for Pharmaceutical and Agrochemical Products under Free Trade Agreements*, en *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines* 81 (Pedro Roffe, Geoff Tansey & David Vivas Eugui ed., 2006).

33. Para un detallado análisis del rol de los países en vías de desarrollo en las recientes negociaciones en el Consejo de los ADPIC sobre la salud pública y la propiedad intelectual, ver Frederick M. Abbott, *The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health*, 99 *Am. J. Int'l L.* 317 (2005).

34. La metodología que la International Intellectual Property Alliance usa para estimar tamaño de las pérdidas comerciales debido a la piratería descrita en <http://www.iipa.com/pdf/2005spec301methodology.pdf>.

res privados reclamantes»³⁵ Sin embargo, bajo el TLC US-Australia, por ejemplo, no hay nada impida al gobierno de los Estados Unidos, si tuviera éxito en una disputa y Australia resolviera pagar un arreglo monetario, de canalizar alguna parte o todo este dinero a las compañías que reclaman haber sido las más perjudicadas por las medidas relevantes. Los Estados pueden en ciertos casos preferir, por razones de política interna, comprar una exención de sus obligaciones, más que cambiar las medidas infringidas. Si Australia pierde un caso con los Estados Unidos sobre el baremo de beneficios farmacéuticos, por ejemplo, sería difícil para cualquier gobierno australiano verse introduciendo medidas que fuesen en la dirección de incrementar el precio de las medicinas.³⁶ Al menos en algunos casos, los miembros de la industria de propiedad intelectual de los Estados Unidos podrían adoptar una visión pragmática: que la posibilidad de obtener un arreglo monetario que pueda compensar los *royalties* o pérdidas en ventas fuera suficiente aliciente para apoyar el ejercicio de la acción bajo el TLC.

Resumiendo, podemos ver que en el caso de la propiedad intelectual existen incentivos tanto para el gobierno estadounidense como para sus compañías para usar las disposiciones de resolución de diferencias de los TLC, más que el procedimiento de ESD de la OMC. Hay un hecho básico pero importante acerca de la obtención de estándares más altos de los países en desarrollo. Si los Estados Unidos no hacen nada para aplicar esos más estándares más altos, entonces las potenciales rentas económicas que ha asegurado se habrían perdido. Como Michael Finger ha apuntado, crear la obligación legal de pagar miles de millones a los Estados Unidos en *royalties* no es lo mismo que recaudarlos.³⁷ De la misma forma que los Estados Unidos han proyectado una imagen implacable en las negociaciones de estos estándares más altos, también deben proyectarla en su aplicación efectiva. Al menos en algunos casos, los TLC pueden ser un foro mejor para los Estados Unidos en el que resolver las diferencias sobre los derechos de propiedad intelectual.

35. Steve Charnovitz, *Should the Teeth Be Pulled? An Analysis of WTO Sanctions*, en *The Political Economy of International Trade Law* 602, 620 (Daniel L.M. Kennedy & James D. Southwick eds., 2002).

36. El anexo 2C del TLC US-Australia trata del esquema de beneficios de las farmacéuticas australianas, que están en el corazón de la política australiana de medicamentos. Ver Peter Drahos, Buddhima Lokuge, Tom Faunce, Martyn Goodard & David Henry, *Pharmaceuticals, Intellectual Property and Free Trade: The Case of the U.S.-Australia Free Trade Agreement*, 22 *Prometheus* 243, 244 (2004).

37. J. Michael Finger, *The Doha Agenda and Development: A view from the Uruguay Round* 13 (Asian Development Bank, ERD Working Paper Series No. 21 Sept. 2002).

Conclusiones sobre la futura legislación global de propiedad intelectual

Vimos en nuestra discusión anterior que hay diferentes puntos óptimos para los estados en lo referente a establecer estándares de protección de propiedad intelectual. Esta afirmación es cierta para los países desarrollados así como también lo es para los países en vías de desarrollo. Australia es la décima quinta economía más grande del mundo, por lo que su combinación óptima de estándares de protección de propiedad intelectual es más baja que la de los Estados Unidos. Antes del TLC con los Estados Unidos, se reconoció por mucho tiempo en los círculos políticos australianos que, desde un punto de vista de económico, Australia debería hacer sólo lo mínimamente necesario con respecto a su adaptación a los estándares internacionales de protección de la propiedad intelectual.³⁸ De hecho, una posibilidad interesante es que los Estados Unidos puedan, ellos mismos, ser empujados por sus propios estándares internos más allá del punto óptimo de protección. Hay, por ejemplo, un intenso debate en los Estados Unidos acerca del funcionamiento de su sistema de patentes con abundancia de propuestas de reforma. Un reciente informe del *National Research Council*, por ejemplo, apuntó que no estaba claro en qué medida una protección de patentes más rigurosa crease beneficios más allá del sector farmacéutico y químico.³⁹

Si en los Estados Unidos, hay crecientes dudas acerca de la sabiduría de continuar apretando los estándares internos de propiedad intelectual, uno podría estar tentado a concluir que los Estados Unidos internacionalmente estarán más controlados en sus demandas de protección cada vez más fuerte. Esto es un posible escenario.

Existe, sin embargo, otro posible escenario: aquel en que los Estados Unidos continúen promoviendo altos estándares internacionales mientras reforman su propio sistema interno para alcanzar una mezcla de estándares más cercana al óptimo desde el punto de vista de la innovación. En otras palabras, los Estados Unidos jugarían con un conjunto de reglas internamente y con otro diferente internacionalmente.

Hay dos estrategias básicas que los Estados Unidos podría seguir para alcanzar este objetivo y más o menos mantenerse dentro de sus obligaciones internacionales. La primera descansa en el hecho que los TLC que los Estados

38. Peter Drahos, *Thinking Strategically About Intellectual Property Rights*, 21 *Telecomm. Po'y* 201 (1997).

39. *A patent System for the 21 st Century 2* (Stephen A. Merrill, Richard C. Levin & Mark B Myer eds., 2001).

Unidos suscriben están basados en el principio de estándares de protección mínimos-pero-no-máximos. Bajo un TLC un estado puede, si así lo decide, establecer estándares más altos de protección que los requeridos bajo el acuerdo y, aún más, hacerlo unilateralmente. Así, por ejemplo, un estado podría fijar un periodo de vigencia de las patentes de treinta años mientras Estados Unidos mantiene el término de veinte años. De igual manera, un estado podría eliminar o reducir su capacidad para emitir licencias de uso gubernamental sobre patentes mientras los Estados Unidos retienen su propia capacidad para hacerlo. Los Estados Unidos podrían, en sus negociaciones comerciales con otros estados, continuar presionándolos para empujarlos hacia estándares más altos mientras ellos no se mueven en esa misma dirección. Por qué razón los estados estarían dispuestos a moverse en esta dirección es algo que consideramos al final de esta sección.

La segunda estrategia que los Estados Unidos podrían usar para elevar los estándares internacionales, mientras juegan con diferentes reglas en casa, está basada en sus capacidades institucionales internas para reducir los costes de los altos estándares de protección de la propiedad intelectual. Países como Estados Unidos, que han tenido una larga experiencia histórica con la propiedad intelectual, han permitido que surgieran estándares más fuertes de propiedad intelectual mientras que al mismo tiempo desarrollaron otros mecanismos regulatorios con los que controlar los altos costes potenciales de esos estándares más fuertes. Los ejemplos más obvios de esto son los sistemas de licencias obligatorias que no requieren permisos de los propietarios de patentes, tales como los derechos de licencias involuntarias, licencias compulsivas, y licencias de uso gubernamental. Los requisitos legales de esos sistemas varían de un país a otro, pero la cuestión crucial para nuestros propósitos es que los sistema de licenciamiento puede ser desarrollado para compensar los problemas de coste que los altos estándares de propiedad intelectual crean.⁴⁰ Otro ejemplo de una institución que regula el coste de la propiedad intelectual es la normativa de competencia (antimonopolio) a través de doctrinas tales como la doctrina de instalaciones esenciales, el abuso de poder de mercado, o el control de fusiones.⁴¹ La ley de contratos, como el ejemplo de la Fundación del Software Libre demuestra, puede también ser usada para afianzar un régimen de acceso a la propiedad intelectual, limitando así sus

40. Para una excelente discusión sobre esto ver James Love, *Remuneration Guidelines for Non-voluntary use of a patent on Medical Technologies*, Health Economics and Drugs (WHO, TCM Series No. 18, 2005).

41. La interfaz entre la ley de competencia y la de propiedad intelectual es jurisprudencialmente compleja y realmente requiere de una trayectoria de ley de competencia desarrollada en un país. Ver la colección de los capítulos en la Sección 2 sobre el rol de la ley de competencia en *Internacional Publics Goods and Transfer of Technology* (Keith E. Maskus & Jerome H. Reichman eds., 2005).

costes. Finalmente, el mercado de los litigios es en sí mismo una institución regulatoria, una especialmente importante en los Estados Unidos cuando se trata de regular los costes de la propiedad intelectual.

Los Estados Unidos tienen el mercado de alta tecnología mayor y más rico del mundo. Las compañías que desean acceder a este mercado tienen todos los incentivos para disputar los fuertes estándares de propiedad intelectual que bloquean o limitan su acceso. Más importante, muchas de esas compañías también tienen los medios para disputar los derechos de propiedad intelectual en los tribunales. Por lo tanto, es plausible prever que con el tiempo el mercado de litigios sobre los derechos de propiedad intelectual en los Estados Unidos podría evolucionar en la dirección de unos estándares más eficientes.

Los Estados Unidos son ricos en experiencia cuando se trata de regular las instituciones de propiedad intelectual. F.M. Scherer ha señalado que los Estados Unidos han liderado al mundo en términos de uso licencias compulsivas como parte de las leyes antimonopolio.⁴² Aparte de su gran mercado de litigios, los Estados Unidos también tienen movimientos sociales tales como la Fundación del Software Libre y las *Creative Commons* que han ideado estrategias legales innovadoras para tratar con los costes de propiedad intelectual. Volviendo a nuestro argumento podemos ver que es una estrategia completamente plausible para los Estados Unidos usar el régimen de intercambio para endurecer globalmente los estándares de propiedad intelectual, sobre la base de la hipótesis de que tienen un abanico de instituciones regulatorias internas a su disposición para contener los costes de estos altos estándares.

Esta estrategia no es el resultado de una de planificación por el Representante de Comercio de los Estados Unidos (USTR), sino más bien es producto de los grupos de interés político y de cabildeo que están detrás de las políticas comerciales de los Estados Unidos. Por ejemplo, las compañías de software de segunda y tercera generación tienen toda la razón de disputar el uso que Microsoft le da al copyright y a las patentes para prevenir la competencia en diferentes mercados de software en los Estados Unidos (así como en Europa). Estas tienen comparativamente pocos incentivos para disputar mercados en países como Vietnam y Laos. Microsoft, como ha hecho de su sistema operativo un estándar global, lucha mundialmente por la protección de ese estándar. De manera que cabildea ante el USTR para asegurar que países como Vietnam y Laos promulguen leyes de copyright y las apliquen. Es una historia similar en el caso de las farmacéuticas. Las compañías norteamericanas de genéricos tienen muchos incentivos para disputar los estándares de patente

42. Ver Love, *supra* note 40 (citando a F. M. Scherer).

en el mercado de los Estados Unidos, ya que es el mercado más rico. A las compañías norteamericanas de genéricos no les importa mucho los mercados farmacéuticos de Vietnam y Laos, porque ellas no pueden competir con las compañías de genéricos más baratas de India y China. Cuando los representantes de comercio de los Estados Unidos negocian los derechos de propiedad intelectual con Vietnam o Laos, las llamadas telefónicas que reciben vienen de aquellas compañías que tienen estándares y productos globales que defender usando derechos de propiedad intelectual. Los negociadores de los Estados Unidos pueden responder a esas llamadas y presionar para que se establezcan esos altos estándares en las negociaciones comerciales con los países en vías de desarrollo, sabiendo que, en el mercado de los Estados Unidos, hay muchas formas en las que las compañías norteamericanas pueden disputar los altos costes de los estándares de los derechos de propiedad intelectual. Hay además, incentivos de una clase profundamente personal para que los negociadores estadounidenses respondan a las demandas de los propietarios multinacionales de propiedad intelectual. Si esos negociadores se comprometen con la causa de obtener cada vez más derechos de propiedad intelectual, incrementan sus posibilidades de obtener un trabajo de lobby generosamente pagado por una de esas compañías.

Cuando los negociadores de esos países en vías de desarrollo se sientan en la mesas de los negociadores comerciales de los Estados Unidos, encuentran que esos negociadores insisten en que los fuertes estándares de propiedad intelectual norteamericanos han beneficiado la economía de los Estados Unidos y similarmente beneficiarán la economía de los países en vías en desarrollo. Esta es una inteligente verdad a medias. En una economía de alta tecnología como la de los Estados Unidos, unos derechos fuertes de propiedad intelectual juegan un rol en la señalización de los mercados de capital de riesgo. Pero al mismo tiempo, los mercados de alta tecnología en innovación no podrían trabajar sin inversiones en bienes públicos y sin las instituciones que regularon los costes de esos fuertes estándares de propiedad intelectual. Muchos de los países en vías de desarrollo no tienen la capacidad institucional para regular los costes de los fuertes derechos de propiedad intelectual en la forma en que los Estados Unidos son capaces de hacerlo. Típicamente, a esos países les falta experiencia en temas de licencias compulsivas, no tienen una tradición en derecho de la competencia, carecen de fuertes mercados de litigio y tienen bajos niveles de experiencia legal local en propiedad intelectual. Indonesia, por ejemplo, tiene alrededor de cuarenta abogados de patentes. Y solamente diez de ellos tienen una carrera importante en patentes.⁴³ Esto lle-

43. Entrevista con el Directorado General de los Derechos de Propiedad Intelectual, Jakarta, Indonesia. (Enero 24, 2006).

va al segundo tema que propusimos al inicio del capítulo. ¿Podemos esperar que los países en vías de desarrollo paren de firmar TLC con los Estados Unidos que les imponen obligaciones de promulgar leyes internas con estándares de propiedad intelectual cada vez más altos?

Una respuesta obvia a esta pregunta es que los países en vías de desarrollo continuarán firmando tales TLC con los Estados Unidos siempre y cuando ellos calculen que un TLC con los Estados Unidos les conferirá en general beneficios. En otras palabras, los países en vías de desarrollo estarán preparados para tener pérdidas sobre propiedad intelectual y así obtener ganancias en otras áreas tales como la agricultura. Esto plantea un tema empírico complejo, que está más allá del ámbito de este capítulo, en cuanto a si en efecto los países en vías de desarrollo están actualmente obteniendo ganancias en los TLC. Existe evidencia para sugerir que el poder de negociación superior está trabajando en moldear el TLC Norte-Sur en favor del gran país del norte.⁴⁴ Además, hay argumentos abrumadores, acerca de que a los países en vías de desarrollo les podría ir mejor si persiguen la liberalización de la agricultura en la OMC.⁴⁵ Los TLC están concediendo poco en términos de liberalización de la agricultura. No es obvio que los países en vías de desarrollo estén obteniendo unas grandes ganancias en otros sectores, como para justificar las concesiones que están haciendo en materia de propiedad intelectual a los Estados Unidos. Por supuesto, puede ser que los países en vías de desarrollo estén haciendo esas concesiones en propiedad intelectual sobre la base de que una irregular aplicación interna del derecho de propiedad intelectual reducirá las pérdidas económicas de esas concesiones.

También podría estarse ejecutando en segundo plano un cálculo no económico que ayude a explicar las acciones de los países en vías de desarrollo. En algunos enfoques realistas de las relaciones internacionales, se cree que el deseo de seguridad explica la motivación y la conducta de los estados.⁴⁶ En un mundo donde hay una gran superpotencia los estados más pequeños podrían buscar acuerdos comerciales con ella, calculando que profundizar las relaciones económicas con ese poder ayudará además a mejorar su seguridad. En la línea de este argumento, los TLC son parte de una más amplia estrategia defensiva de los estados pequeños. Los estados más pequeños saben que los Estados Unidos en virtud de su poder de negociación superior dictarán términos duros. Pero motivados por la preocupación acerca de la seguridad,

44. Sobre este punto, ver Caroline Freund, World Bank, *Reciprocity in Free Trade Agreements* (2003), <http://www.sice.oas.org/geograph/mktace/freund.pdf>.

45. Arvind Panagariya, *Liberalizing Agriculture*, *Foreign Aff.*, Dec.2005, at 56.

46. Jack Donnelly, *Realism and International Relations* 63-64 (2000).

piensan que es mejor tener un mal negocio con los Estados Unidos que no tener ninguno. El mal negocio se convierte en el precio de una relación que es importante en el más amplio contexto de los intereses de seguridad. La intuición de Robert Keohane sobre la «alianza Al Capone» puede ser relevante aquí. En este tipo de alianza «permanecer fiel protege no contra una mítica amenaza externa, sino más bien contra el gran poder aliado, tal como al pagar ‘dinero de protección’ a la banda de Capone en Chicago, los empresarios se protegían a sí mismos, no contra otras bandas, sino contra los matones del propio Capone»⁴⁷

Es claro que las políticas comerciales posteriores al 11 de septiembre se han integrado mucho más en una estrategia general de seguridad. Treinta días después del 11 de septiembre, Robert Zoellich de la USTR pronunció un discurso en el cual citó con aprobación una declaración del Congresista John Tamer: « el lugar de los americanos en el mundo va a estar determinado por las alianzas comerciales en los próximos diez años en combinación con las alianzas militares que han determinado nuestro lugar en el pasado»⁴⁸ Es también claro que, para algunos países al menos, los límites entre los intereses comerciales y de seguridad se ha diluido, con el resultado de que los beneficios de los TLC con los Estados Unidos no sólo están calculados en términos de dólares y céntimos de flujos comerciales. El Reporte Final de Comité de Selección del TLC US-Australia llamó la atención acerca de la importancia del TLC en el contexto más amplio de la alianza de seguridad entre los Estados Unidos y Australia.⁴⁹ En entrevistas que realicé en el Ministerio de Desarrollo Económico en Nueva Zelanda en abril de 2005, los funcionarios fueron preguntados sobre si Nueva Zelanda debería dar la bienvenida a un TLC con los Estados Unidos. La respuesta fue un sí muy rotundo, incluso aunque «los Estados Unidos tengan muy poco que ofrecer a Nueva Zelanda» en términos económicos. Para Nueva Zelanda, concluir un TLC con los Estados Unidos se «ha convertido en un santo grial en ambos bandos de la política» y debería estar «viniendo del frío de Nueva Zelanda». La expresión «viniendo del frío» se refiere al hecho de que los Estados Unidos en 1986 se retiraron de sus obligaciones de seguridad hacia Nueva Zelanda bajo el Tratado de

47. Robert Keohane, *Lilliputians' Dilemma: Small States in International Politics* 23 Int'l Org. 291, 302 (1969)

48. Robert B. Zoellich, U.S. Trade Representative, *American Trade Leadership: What is at Stake*, Remarks at the Institute for International Economics en Washington, D.C. 13 (Sept. 24, 2001), disponible en <http://www.iie.com/publications/papers/zoellick1001.pdf>.

49. Ver Senate Select Committee on the Australia-US Free Trade Agreement, *Final Report on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America* ¶¶1.24-126 (2004) disponible en <http://www.aph.gov.au/Senate/committee/freetrade-ctte/report/final/index.htm>; ver también Ann Capling, *All the Way with the USA: Australia the US and Free Trade* ch.3 (2005).

Seguridad entre los Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda, debido a la política de Nueva Zelanda de no permitir visitas de los barcos que transportaban armas nucleares.

La idea de la alianza con Al Capone en las relaciones internacionales ayuda a darle sentido al desconcertante fenómeno que rodea algunas negociaciones de TLC entre importadores netos de propiedad intelectual. Vimos antes que, cuando Tailandia y Australia negociaron un TLC, simplemente acordaron seguir los estándares de los ADPIC. Este es precisamente el acuerdo que uno debería haber esperado de dos importadores de propiedad intelectual: hacer lo mínimo internacionalmente sobre propiedad intelectual, pero no más. Las entrevistas de campo que realicé en la región Asia Pacífico en el 2005 han encontrado datos que parecen contradecir lo que uno podría predecir *a priori*. Nueva Zelanda, en sus negociaciones del TLC con Singapur y Chile, fue objeto de demandas de altos estándares de propiedad intelectual, demandas que resistió con éxito.⁵⁰ Australia está buscando de Malasia estándares de propiedad intelectual superiores a los requeridos por los ADPIC.⁵¹ Esto sorprendió a los negociadores malayos quienes estaban esperando un enfoque sobre propiedad intelectual que estuviera modelado sobre el TLC entre Australia y Tailandia. También ha sido señalado recientemente que Australia, en sus negociaciones de TLC con China, ha presentado un borrador del texto sobre propiedad intelectual que va mucho más allá de los ADPIC. El texto ha tenido «una sobria influencia» y «ha hecho retroceder un poco al lado chino», de acuerdo a David Livingstone, el negociador australiano de propiedad intelectual.⁵²

Tres estados, Australia, Singapur y Chile, al haber firmado TLC con el último superpoder remanente en el mundo, parecen volverse prosélitos de los estándares de propiedad intelectual norteamericana en sus negociaciones comerciales con terceros. Su conversión puede tener mucho que ver con el factor Al Capone. Es mejor, por ejemplo, para Australia ser vista como un país que responde a las presiones de los Estados Unidos por altos estándares de propiedad intelectual en sus negociaciones con terceros, en vez de arriesgarse a ofender a esos funcionarios norteamericanos que están instando a Australia para que haga presiones. Si Australia lo intenta y falla con Malasia o China, entonces nada está perdido en términos de la relación con los Estados Unidos. En el caso improbable de que Australia tenga éxito con China sobre propiedad intelectual, Australia habrá otorgado un gran beneficio a los Esta-

50. Entrevista con el Ministro de Desarrollo Económico, Nueva Zelanda (Abril 2005).

51. Entrevista con funcionarios malayos (Agosto 2005).

52. Reportado en Australian Services Roundtable Newsletter, June 2006, at 3.

dos Unidos a través de la cláusula de la nación más favorecida de los ADPIC. De todas maneras, una vez que la seguridad entra en los cálculos de los estados, la opción de complacer al poder parece la correcta, tal como lo hicieron muchos empresarios en el Chicago de los años 1920.

En resumen, podemos ver que es probable que los estados continúen aceptando los términos de los Estados Unidos cuando se trata de derechos de propiedad intelectual en los TLC porque ellos creen (1) que obtendrían compensaciones en otras partes del acuerdo, (2) que pueden reducir las pérdidas económicas de esos altos estándares al adoptar un enfoque de aplicación lenta, o (3) que el acuerdo proporciona ganancias de algún tipo en términos de relaciones, especialmente en el contexto de la seguridad. Los Estados Unidos tienen todos los incentivos para continuar persiguiendo su objetivos en materia de propiedad intelectual a través de los TLC. Existen pocas perspectivas de conseguir altos estándares en la OMC. Los mecanismos de resolución de diferencias de los TLC ofrecen un ambiente más simple en el que perseguir la aplicación de estos estándares, comparado con las complejas coaliciones políticas de la resolución de diferencias en la OMC. Los Estados Unidos pueden además controlar los efectos potencialmente dañinos de la excesiva protección de la propiedad intelectual en su economía interna al confiar en otras instituciones regulatorias tales como los mercados de litigios, derecho de contratos y leyes antimonopolio. Al conseguir altos estándares (y una eventual conformidad con esos estándares), los Estados Unidos podrían estar incrementando la renta económica que obtienen de sus activos de propiedad intelectual de los países en vías de desarrollo. Además, los Estados Unidos podrían pensar que estas rentas económicas más altas son una justa compensación por permitir a los países en vías de desarrollo un mayor acceso a sus mercados. No hay duda que esta es una visión de justicia que los países en vías de desarrollo rebatirían.

El resultado de nuestro análisis es que los Estados Unidos continuarán, al menos en el futuro cercano, liderando el mundo hacia una era de estándares de propiedad intelectual cada vez más altos y que muchos estados les seguirán basándose en cálculos egoístas. Debido a que los individuos en los grandes países en desarrollo se vuelven más ricos, uno podría esperar que ahí habría un interés considerable en comprar las compañías de los Estados Unidos ricas en activos en propiedad intelectual. En el mercado globalizado donde las compañías puede ser compradas y vendidas, un porcentaje cada vez más grande de la riqueza que fluye desde los activos de propiedad intelectual norteamericano finalizará en bolsillos extranjeros. El hecho de que algunos individuos se beneficiarán masivamente de los privilegios monopólicos de los intangibles, no cambia el hecho de que eventualmente todos los países acabarán estando más allá del punto óptimo de protección. Sospechamos que muchos, si no la mayoría, ya están allí.

La tragedia de los bienes privatizados: patentes e investigación científica

SULAN CRISTINA WONG RAMÍREZ

Introducción

Uno de los instrumentos legales con que se ha intentado aplicar el fenómeno globalizador al campo de las patentes es el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). En el texto de este acuerdo se sostiene que «la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deben contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos, de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones» (artículo 7).

Detrás de este argumento podemos encontrar justificaciones provenientes de diferentes ángulos que pretenden legitimarlo. Desde el punto de vista de la doctrina iusnaturalista, la patente como derecho de propiedad intelectual se fundamenta en la teoría del derecho natural a la propiedad privada; de ahí su carácter universal, absoluto e inalienable. Si se enfoca desde la doctrina del utilitarismo social, la concesión de una patente al creador de una invención no es más que el reconocimiento por la labor creativa en favor del progreso científico y el bien común. Para los intereses económicos e industriales la protección legal de las invenciones, a través del sistema de patentes, asegura la recuperación de la inversión y favorece el crecimiento económico de los países, por lo que, indirectamente, redundaría en el bienestar social. El fundamento final, y sin duda el más contundentemente utilizado, es que el sistema de patentes estimula la investigación y se convierte en la mejor forma en que el Estado se asegure la divulgación de la investigación y el desarrollo científico.

Desde este último punto de vista, el sistema global de patentes debería estar colaborando con la transferencia tecnológica, no sólo en los países que más investigación realizan, sino también en los más científicamente «débiles». Sin embargo, existe una gran cantidad de voces disidentes dentro de la comunidad científica internacional que señalan que sus investigaciones se están viendo afectadas, de una u otra manera, por el sistema de patentes. Para analizar este fenómeno, se realiza un estudio sobre tres teorías que ha cobrado mucha fuerza en la discusión sobre la patente como instrumento de difusión del conocimiento.

En primer lugar, se discute la justificación de la apropiación del conocimiento sobre la base de la teoría de la «tragedia» de los recursos comunales, que Hardin presentó en 1968. Para el mundo de la investigación científica privatamente financiada, el conocimiento sin restricción no tiene valor y, por lo tanto, no se justificaría ninguna inversión. Para contrarrestar esta posición, Heller en 1998 presenta la imagen contrapuesta de esta situación: la «tragedia» de los *anticommons*. Aquí, se combate la idea hardiana al mostrar que la privatización del conocimiento puede llevar a su subutilización, algo paradójico para el capitalista científico. Finalmente, Carol Rose, mediante su «comedia» de los *commons*, nos muestra que no hay necesidad de salir del ámbito científico comunal para obtener resultados de valor. A través de experiencias contemporáneas de investigación científica, manejadas como recursos comunales, se consigue que la sobreutilización termine dando más valor al recurso cognitivo que si el acceso al mismo fuese controlado bajo la lógica del principio propietario.

El valor del conocimiento debe ir más allá del sentido económico, logrando la superación del individuo, pero también de la sociedad. Las patentes rompen este principio al otorgar la capacidad de utilización del saber científico a un titular, quien tiene la potestad de negar a otros lo que a él se le ha permitido. Esto es una simple extensión de la teoría de la propiedad sobre un lecho que poco tiene de simple y mucho tiene de esencial a la vida humana.

La tragedia de los *Commons*

Hardin [1968] acuñó la expresión «la tragedia de los recursos comunes»¹ para referirse a la situación de sobreexplotación o sobreutilización de un recurso

1. Hardin, en su artículo original en inglés, utiliza el término «commons» para referirse al recurso común al cual pueden acceder todos los miembros de una comunidad sin que para su utilización se establezca algún tipo de restricción. Sin embargo, tal y como lo afirma Bruce [2000], en el derecho consuetudinario inglés, el término «commons» implica una regulación en la forma de acceso al

común (*res nullius*) que se produce cuando muchas personas tienen acceso libremente a este, sin que ninguna de ellas pueda legalmente excluir a nadie de su uso.

Para explicar su teoría utilizó la metáfora de un pastizal de acceso abierto para un grupo de pastores. De este pastizal nadie puede ser excluido, por lo que el recurso común sería, en consecuencia, compartido entre el número de cabezas de ganado total que todos los pastores lleven. Según Hardin, es racional que cada pastor concluya que pueda aumentar sus beneficios individuales llevando algunas cabezas de ganado adicionales al pastizal común, ya que sólo percibe el componente positivo de su acción: el ingreso extra por la venta de cada cabeza de ganado adicional. Del componente negativo, el pastizal será compartido por más ganado, sólo percibe una parte. A esta conclusión pueden llegar todos y cada uno de los pastores como seres racionales, por lo que en consecuencia, en el pastizal habrá cada vez más cabezas de ganado, hasta el punto en que el recurso común es sobreexplotado, y cada cabeza adicional hace que el conjunto consuma, de manera individual, menos de lo necesario para conseguir el peso deseado en el tiempo requerido.

recurso común. La propiedad comunal muchas veces, según Capel [2003], se ha «malinterpretado», y tratado como un recurso de libre acceso con ausencia de regulación. Sobre esta falta de rigurosidad en el empleo del término, Ellickson [1993] considera que es necesario hacer una diferenciación entre los recursos de acceso abierto, del cual todos pueden hacer uso, y aquellos sobre los que su uso está limitado a una comunidad determinada de personas. Según Eggertsson [2003, 74], la diferencia entre recursos de acceso abierto y propiedad comunal radica en que «bajo un estado puro o ideal de acceso abierto, cada persona está autorizada a entrar y sacar unidades de recursos, pero ninguna persona o grupo de personas tiene derechos exclusivos para administrar o vender los activos. En contraste, los miembros bajo un régimen de propiedad comunal, no sólo pueden entrar y sacar los recursos, sino que también tienen derechos para administrar y excluir a los no miembros». Asimismo, Eggertsson y Feeny et al. [1990] sostienen que la inexactitud en la teoría de Hardin ha originado confusión: la *tragedy of the commons* se da, en realidad, en un régimen de acceso abierto y no en un régimen de propiedad comunal.

El artículo de Hardin, aduce Eggertsson, ha creado una «tragedia» por sí mismo, al poner en marcha una serie de estudios empíricos que muestran la viabilidad de los regímenes de propiedad comunal en situaciones particulares. Munzer [2005] sostiene que no todas las formas de acceso a los recursos comunes en el sentido de Hardin causan una tragedia, y cree que la raíz del problema se encuentra en la ausencia de cooperación, no en la restricción de uso; los miembros de la comunidad pueden ponerse de acuerdo en formas diferentes de regulación del recurso común. Los acuerdos, según Feeny et al., son instituidos sobre el conocimiento que se tiene de los recursos comunes, y sobre el conjunto de normas consuetudinarias. Los casos de la caza de castores en la Bahía de James en Canadá, la pesca de langosta en Maine en los Estados Unidos o la tala de teca en Tailandia, son ejemplos de autoregulación para organizar, vigilar, distribuir y ajustar el uso de los recursos comunes [Berkes et al., 1989]. En todos estos casos hubo problemas de sobreexplotación cuando se permitió el acceso abierto a recursos que tradicionalmente venía siendo administrados comunalmente.

Empíricamente, se puede verificar esta metáfora, al establecer que al pastizal, que tiene r kilos de pasto, acuden m pastores, cada uno con $\frac{n}{m}$ cabezas de ganado, siendo n el número máximo de cabezas de ganado que el pastizal puede soportar. Cada pastor vende en x_i unidades monetarias cada cabeza de ganado, cuando cada una de ellas llega a su peso ideal p_i . Para llegar a ese peso, cada una de las cabezas de ganado debe consumir $a_i = \frac{r}{n}$ kilos de pasto. Por lo tanto, el beneficio individual de cada pastor será de $b_i = x_i (\frac{n}{m})$ unidades monetarias.

Si se agrega una cabeza de ganado adicional, el pastizal será compartido por $n+1$ animales, por lo que cada una de ellas tan sólo dispondrá de $a_c = \frac{r}{n+1}$ kilos de pasto.² Por esta razón, el ganado no alcanza su peso ideal p_i , sino que apenas llega a $p_r = \frac{a_c}{a_i} p_i$ kilos de peso real.³ Debido a la pérdida de peso del ganado, se impone una pérdida económica y el precio real será $x_r = \frac{p_r}{p_i} x_i$ unidades monetarias.⁴

El pastor que introdujo la cabeza de ganado adicional, tendrá entonces $\frac{n}{m} + 1$ animales, mientras que sus compañeros conservarán la cantidad original de ganado. El pastor individualista⁵ recibirá, al momento de la venta $(\frac{n}{m} + 1) x_r$, mientras que los demás pastores recibirán $\frac{n}{m} x_r$. Como x_r es casi igual que x_i , el pastor individualista estaría ganando casi la totalidad del precio x_i , pero agregando una cabeza adicional al total de sus ventas, compensando la pérdida. Sus compañeros no ganarían nada adicional y, por el contrario, estarían perdiendo una fracción de sus ganancias, que corresponde a la diferencia entre x_i y x_r . Una vez hecha esta deducción lógica, es obvio que el pastor individualista colocará no sólo una, sino todas las cabezas de ganado adicionales que pueda. Pero a esta misma conclusión llegarán todos y cada uno de los pastores que acuden al pastizal. Como la decisión es tomada de manera simultánea por todos los pastores, se sobrepasa el punto en el que el alimento disponible para cada cabeza de ganado no es suficiente para garantizar su subsistencia. El pastizal se agota y el ganado muere. Ésta es la «tragedia», según Hardin. Inevitable⁶

2. Como $n < n + 1$, entonces $\frac{r}{n+1} < \frac{r}{n}$ y $a_c < a_n$, es decir, el alimento consumido siempre es menor que el necesario. Sin embargo, a_c sigue siendo muy cercano a a_n .

3. Como $a_c < a_n$, entonces $\frac{a_c}{a_n} < 1$, por lo que $\frac{a_c}{a_n} p_i < p_i$, y $p_r < p_i$, es decir, el peso real siempre es menor que el ideal.

4. La fracción del peso conservado es $\frac{p_r}{p_i}$. Como $p_r < p_i$, entonces $\frac{p_r}{p_i} < 1$. Por lo tanto $(\frac{p_r}{p_i}) x_i < x_i$ y $x_r < x_i$. El precio de venta real es, obviamente, la fracción correspondiente al peso conservado por el precio de venta ideal, aunque los dos precios sean casi iguales.

5. Es individualista porque toma una decisión sin consultar con el resto de los pastores, únicamente pensando en su beneficio personal.

6. Un estudio empírico reciente llevado a cabo por Vanneste et al. [2006], discrepa de la inevitabilidad de la «tragedia» aludiendo que los usuarios de recursos comunes no perciben su oportunidad de usar el bien común en función del ejercicio de un derecho de propiedad. En caso de sobreexplotación

ya que «cada hombre está encerrado en un sistema que lo lleva a incrementar su rebaño de manera ilimitada, en un mundo limitado. La ruina es el destino hacia el cual todos los hombres corren, cada uno persiguiendo su propio interés en una sociedad que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad del recurso común lleva la ruina a todos» [Hardin, 1968, 1244].

La lógica de la libertad de los recursos comunes en la que se encuentran inmersos los seres humanos, comenta Hardin, no ofrece sino la libertad de destrucción universal. Para evitarla hay que reconocer primero la necesidad de sustentabilidad de los recursos comunes, y luego alcanzarla a través de la aceptación de lo que él denominó «coerción mutua, mutuamente acordada».⁷ Las leyes deben establecer los mecanismos de control de acceso a los recursos comunes y, aún más, deben limitar su uso. De esta manera se evita la sobreexplotación de los recursos comunes y su erosión. El establecimiento de la propiedad privada o del control gubernamental, es la forma en que Hardin comprende, que se puede garantizar que tales recursos no sean utilizados de forma indiscriminada. No obstante, reconoce que cada nuevo límite restringe la libertad personal de alguien; si nuestra única libertad es la de destruir el recurso común, los límites impuestos nos permitirán perseguir nuevos objetivos.

En la antigüedad, Aristóteles había apuntado la idea de la «tragedia» en los siguientes términos: «lo que es común a un número mayor de personas es objeto de menos cuidado; todos, en efecto, piensan más que en nada en lo que les es propio, y menos en lo común, o sólo en la medida en que concierne a cada uno; en cuanto a lo demás más bien se desentienden, en la idea de que otro se preocupará de ello.» [Aristóteles, 384-322 aC/1951, libro II, Cap. 3, p. 30]. En la obra de Hobbes [1660], al hablar sobre el «estado de naturaleza», volvemos a encontrarnos con la tragedia de los recursos comunes: el ser humano en la búsqueda de su propio bienestar termina en conflicto con los demás. Si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos, y en el camino que conduce a su propia conservación tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro. Ésta, explica el filósofo inglés, es la condición natural del género humano para su felicidad y su miseria. William Foster Lloyd [1833] concluyó que para alcanzar una «mayor felicidad y menor productividad de la miseria humana» se debe lograr, de una u otra forma, un equilibrio entre los medios de subsistencia y la población.⁸ Para

tienen conciencia total del perjuicio económico que causan a los otros y limitan parcialmente este comportamiento abusivo.

7. Veinticinco años después, Hardin, sostiene que la forma de evitar un desastre global es a través de una franca política de «coerción mutua, mutuamente acordada». Bajo condiciones de escasez, los impulsos egocéntricos naturalmente imponen costos al grupo y de allí sobre todos sus miembros [Hardin, 1998].

8. El control de la población es mecanismo mediante el cual se logra el punto de equilibrio entre los medios de subsistencia y la población. [Lloyd, 1833, 10]

ejemplificar su teoría, y demostrar lo que sucede cuando no se ejerce un control sobre una u otra variable, modeló un paralelismo entre un campo de tierra de acceso cerrado y uno de acceso abierto. En el campo de acceso cerrado concluyó que llegado el punto de saturación del terreno cercado, como las utilidades y las pérdidas son asumidas por el propietario de la tierra, la prudencia le indica que no debe seguir agregando ganado. En cambio en el caso del campo de tierra de acceso abierto, llegado el punto de saturación, como los pastores no sienten sino una fracción de las pérdidas y sólo aprecian las utilidades, no adoptan una actitud «prudente» que les indique que están agotando los medios de subsistencia.⁹ Algunos años antes que Hardin, Gordon desarrolló un modelo económico para encontrar el punto de equilibrio en la utilización de los recursos pesqueros de acceso común.¹⁰ Según él, refiriéndose al modelo de acceso común de los campos de pastoreo de la Inglaterra medieval,¹¹ «parece, entonces, que hay algo de verdad en la observación conservadora que la propiedad de todos no es propiedad de nadie. La riqueza que está libre para todos no es valorada por ninguno, porque quien es tan temerario como para esperar el momento adecuado para usar algo, sólo encontrará que eso ha sido tomado por otro» [Gordon, 1954, 135]. Capel [2003], sostiene que esta idea, «lo que es de todos no es de nadie», ha sido cuestionada mostrando que hay formas racionales de utilización de los recursos comunes. Históricamente y, como veremos más adelante, en la actualidad existen muchos ejemplos de regulación del uso de los recursos comunales que no necesariamente llevan a la tragedia hardiana.

La tragedia de los *commons* en la investigación científica

En el corazón de las instituciones de acción colectiva, como la tragedia de los recursos comunales, está el «problema» del *free rider*¹² [Ostrom, 1990]. Las personas que comparten un recurso en comunidad pueden verse beneficiadas de las actividades realizadas por otras, sin haber prestado ningún tipo

9. Hardin, aproximadamente tres décadas después, de haber escrito «*Tragedy of the Commons*», afirma que coincide mucho más con las conclusiones de William Foster Lloyd en sus conferencias de Oxford de 1833, que con las de Adam Smith: los recursos comunes sin administración podrían ser arruinados por el sobre uso, el individualismo competitivo no podría ayudar a prevenir el desastre social [Hardin, 1998].

10. Gordón plantea que su modelo teórico es aplicable a todos los casos donde los recursos naturales son tratados como propiedad común y explotados bajo condiciones de competencia individualista. No obstante, en Ostrom [1990], encontramos alternativas que conducen a pensar lo contrario.

11. Los *common fields* eran, en la Inglaterra de la Edad Media, campos comunes que estaban destinados a la labranza, sobre los que, una vez levantada la cosecha, se establecía un derecho común de pasto abierto a todos los miembros de una comunidad. Los *Enclosure Acts*, leyes de cercamiento de la tierra establecidas entre los años 1710 y 1843, pusieron fin a esta forma de propiedad comunal [Altamira y Crevea, 1981, 307-308].

de colaboración. En este sentido, ante un *free rider* colectivo, nadie produciría nada. Sobre este escenario la patentabilidad de la investigación científica es justificada; la internalización de las externalidades positivas¹³ permite al investigador, por un lado, evitar que su investigación sea «aprovechada» por una persona distinta a él, y por otro, ver recompensada su labor investigativa. Esta panorámica individualista sólo muestra el beneficio económico del investigador, y olvida a cambio, los posibles beneficios intelectuales que pueden incidir en la creación de nuevas invenciones [Lemley, 2004].

Peri [2002], al evaluar la difusión del conocimiento, afirma que con el retorno privado de una nueva idea, el investigador ve incrementada la productividad de sus ideas. El incremento de capital que esta nueva idea genera, se ve reflejado en el cambio de los costes que el investigador va a tener en el desarrollo de nuevas ideas, y en el valor que tendrán las mismas. Estas contribuciones están presentes en el valor de la patente. Sin embargo, el incremento del capital cognitivo genera externalidades positivas cuando se produce un incremento de la productividad de recursos de Investigación y Desarrollo (I+D) en la generación de nuevo conocimiento. Las externalidades positivas, entonces, elevan la productividad social de la idea sobre el valor de la patente.

A pesar de que autores como Adar and Huberman [2000] o Greco and Floridi [2003] sostienen que puede haber algún tipo de tragedia del conocimiento que sea análogo al problema descrito por Hardin, en realidad ninguno de ellos trata esa cuestión. Para Hettinger [1989], Drahos [1996] y Himma [2007] los objetos intelectuales, como objetos abstractos, no están sujetos al agotamiento. El problema que se presenta en realidad tiene que ver con los recursos físicos, con la capacidad de los sistemas para poder atender a las demandas de los objetos intelectuales que realizan los usuarios. Dos características presentes en los objetos físicos, sustractibilidad y exclusividad, no se encuentran en los objetos intelectuales. La sustractibilidad implica que el uso del objeto por parte de una persona reduce los beneficios disponibles para otra; la exclusividad hace referencia al hecho de que el uso del objeto por parte de un usuario impide su utilización simultánea a otros. El agotamiento del ancho de banda causado por múltiples usuarios que intentan descargar

12. Gorrón, aprovechado.

13. Las externalidades positivas son situaciones en las que un tercero se ve beneficiado de la labor realizada por un agente, es decir, el agente no recibe la totalidad de los beneficios que su labor genera. Como una imagen refleja, las externalidades negativas son situaciones en las cuales un tercero se ve perjudicado por la labor realizada por un agente, es decir, el agente no recibe la totalidad de los perjuicios que genera su actuación. Demsetz [1967] desarrolla la idea de que los agentes económicos hacen surgir los derechos de propiedad privada cuando encuentran económicamente beneficiosa la internalización de las externalidades positivas y negativas.

una obra musical no tiene nada que ver con el inexistente agotamiento del objeto intelectual.

Sin embargo, los recursos intelectuales se patentan, creando situaciones de escasez artificial que pueden crear nuevos problemas.¹⁴ Sobre todo a la hora de realizar investigación aplicada, que necesita gran cantidad de producción intelectual básica como entrada, se podría presumir que las barreras impuestas por el monopolio de las patentes causarían problemas a la libertad del investigador y creador, debido, sobre todo, a la renuencia de algún titular de patente sobre la investigación necesaria para conseguir un nuevo avance científico.

La tragedia de los *Anticommons*

El término *anticommons*, aunque fue definido por Michelman¹⁵ como un régimen simétrico¹⁶ al de los *commons*, realmente fue desarrollado en la literatura económica y jurídica por Heller. Este autor define la propiedad en dicho régimen como una situación en la que «múltiples propietarios mantienen derechos, formales o informales, de exclusión de un recurso escaso y no tienen una capacidad efectiva de uso» [Heller, 1998, 624, 668]. Esta definición, según su autor, se aparta de definiciones previas de *anticommons* a lo largo de cuatro dimensiones: la universalidad de los derechos de exclusión,¹⁷ la implicación de que el «no uso» es óptimo,¹⁸ la formalidad de los derechos,¹⁹

14. El valor de cambio de los recursos intelectuales está ligado a la capacidad práctica de limitar su libre difusión. Las patentes se presentan como el instrumento jurídico que obstaculiza, temporalmente, las posibilidades de crear y de aprender sobre el conocimiento de otros [Blondeau et al., 2004].

15. Un *anticommons*, según Michelman, es un régimen de propiedad en el que está presente el derecho de exclusión, y por lo tanto el uso del recurso está supeditado a la obtención de la autorización por parte de todos los comuneros (Michelman, 1982, citado por Heller, 1998, 624).

16. Buchanan and Yoon [2000] presentan un modelo que establece una simetría entre los dilemas de *commons* y *anticommons*, desde el punto de vista de la matemática económica y siempre partiendo del hecho de la igualdad entre el coste de pérdida por sobreexplotación en los *commons* y el de desuso en los *anticommons*. A pesar de esta conclusión teórica, el trabajo de Vanneste et al. [2006] sostiene que los *anticommons* llevan a precios más elevados que los *commons* y que los *anticommons* son más propensos a la infrautilización que los *commons* a la sobreexplotación.

17. Según Heller, no es necesario que todos los miembros del grupo tengan el derecho de exclusión. Un *anticommons* también puede surgir cuando un grupo del total de los propietarios es el que controla los derechos de exclusión.

18. Un *anticommons*, para Michelman, surge cuando existe la necesidad de evitar el uso de un recurso. En este caso, lo óptimo será, entonces, el «no uso». No obstante, la mayor parte de las situaciones en las que, según Heller, se puede presentar un *anticommons*, son ineficientes. El uso de un recurso, aunque sea en pequeñas cantidades, será siempre más eficiente que el «no uso».

19. Al contrario de lo expuesto por Michelman, los derechos de exclusión no necesitan estar formalmente plasmados en la legislación para que la tragedia de los *anticommons* surja.

y la escala de la propiedad *anticommons*.²⁰ Cuando estas definiciones previas son superadas, Heller considera, que la idea del *anticommons* cobra importancia en la teoría de la propiedad.

Similarmente al caso de la tragedia de los recursos comunales, la racionalidad del individuo es el catalizador que genera la tragedia de los *anticommons*. Ésta se presenta cuando múltiples individuos racionales, actuando separadamente, pueden, colectivamente, desperdiciar el recurso por infrautilización,²¹ comparada con el óptimo social.

La propiedad *anticommons* helleriana se distingue de la propiedad privada y de la comunal en cuatro aspectos fundamentales: (1) la propiedad *anticommons* es un régimen de propiedad en el que múltiples propietarios tienen derechos efectivos de exclusión de un recurso escaso; (2) incluye la capacidad que tiene cada propietario de prevenir que otros propietarios tengan un conjunto básico de derechos en un objeto; (3) no hay una estructura jerárquica que permita la toma de decisiones, por lo que el bien puede no ser alienable y no estar disponible para uso productivo; (4) la propiedad no-privada puede ser vista como un *anticommons*, si los derechos de exclusión dominan su uso, o como un *commons*, si la capacidad de uso es la dominante.

Sin embargo, el mismo Heller afirma que la propiedad en *anticommons* no siempre puede verse como una tragedia. En un mundo sin costes transaccionales los acuerdos para usar eficientemente un recurso valioso pueden conseguirse *a posteriori*. No obstante, tal mundo no existe y el interesado debe acarrear con los costes de obtener el derecho de uso del recurso. El derecho de exclusión es valioso porque otros quieren usar el recurso y pagarán por obtener el derecho a usarlo, aunque el monto a pagar no puede superar la capacidad de pago del interesado. La tragedia también puede ser superada con el desarrollo de sistemas eficientes de normas informales, de manera análoga a lo que sucede en los *commons*. Asimismo, hay recursos que son más eficientes bajo un régimen de *anticommons* porque se aumenta el valor del recurso en lugar de crearle externalidades negativas, por ejemplo, en el caso de la explotación turística de reservas naturales, cuya aprobación requiere de un amplio número de permisos.²²

20. Un recurso puede estar bajo un régimen de propiedad privada y propiedad *anticommons* al mismo tiempo.

21. Heller and Eisenberg [1998] piensan que se puede llegar a una infrautilización cuando el gobierno decide otorgar a muchas personas el derecho a excluir a otras.

22. Buchanan and Yoon [2000] muestran que en la vida económica cotidiana los *anticommons* están prácticamente omnipresentes en la burocracia. Muchos de los agentes que controlan el otorgamiento de permisos para la utilización de recursos no tienen como valor fundamental el dinero, por lo que el tradicional aprovechamiento económico de un recurso no les causa presiones que si existen en el modelo de *anticommons* tradicional.

El sentido trágico del régimen de *anticommons*, como se sigue del planteamiento de Heller, viene dado por la gran dificultad de salir de él una vez que se produce. Heller explica que incluso en economías de mercado desarrolladas puede llegar a enquistarse, requiriendo de la actuación gubernamental para su superación. Vanneste et al. [2006, 21] agregan que si los *commons* llevan a la «tragedia», los *anticommons* pueden llevar al «desastre». Esto se debe a que los propietarios de *anticommons*, al ejercer su prerrogativa (derecho de exclusión) no tienen sentido del daño asociado al ejercicio de su derecho de propiedad, incluso si los otros propietarios posiblemente sufren un perjuicio económico.

La tragedia de los *anticommons* en la investigación científica

La extrapolación de la tragedia de los *anticommons* al campo de la propiedad intelectual vino de la mano del propio Heller, quien, en compañía de Eisenberg, publicó un artículo preguntándose si las patentes podrían desalentar la innovación [Heller and Eisenberg, 1998]. El ejemplo que utilizan es el de la privatización de la investigación biomédica, bien sea a través del sistema de protección de propiedad intelectual, mediante el financiamiento privado de la investigación realizada en instituciones públicas, o mediante arreglos que restringen el uso de materiales o datos. A través de estos mecanismos se reclama el resultado de las investigaciones, que sólo hace pocos años podrían haber estado libremente disponibles en el dominio público.

La privatización puede generar problemas graves cuando demasiados propietarios mantienen derechos sobre descubrimientos previos que constituyen obstáculos a la investigación futura. Los derechos de patentes *upstream*,²³ inicialmente ofrecidos para ayudar a atraer más inversión privada y alentados en el sector público por leyes como la norteamericana *Bayh-Dole*,²⁴ dan a los investigadores un nuevo aliciente que va más allá del reconocimiento moral; el in-

23. Si hacemos el símil de un río para representar el flujo del proceso de investigación, las tareas realizadas al inicio se presentarían «aguas arriba» (en inglés y en este artículo, *upstream*). La investigación *upstream* puede verse como la realizada por los científicos que desarrollan líneas de investigación en ciencias básicas y herramientas que permiten llevar a cabo investigación. De igual manera, las tareas realizadas al final del proceso de investigación se presentarían «aguas abajo» (en inglés y en este artículo, *downstream*). La investigación *downstream* puede verse como la realizada por tecnólogos e ingenieros para desarrollar nuevos productos.

24. La ley *Bayh-Dole* de 1980, entre otras cosas, otorga el control de la investigación financiada públicamente a las universidades y centros de investigación públicos. De esta manera, el gobierno federal norteamericano permite patentar las investigaciones generadas en el seno del sistema de investigación público.

investigador se convierte en coinventor en una patente o receptor de regalías bajo un acuerdo de transferencia material.²⁵ En consecuencia, una abrumadora cantidad de solicitudes de patente, cada una teniendo a un titular diferente, ha llegado cada vez más arriba en el flujo de la investigación científica.

Debido a la fragmentación de los derechos de propiedad sobre la investigación *upstream*, surge una tragedia en forma de *anticommons*, más crítica que la simple infrutilización del conocimiento. Con cada patente otorgada sobre la investigación básica, otro peaje aparece en el curso del ciclo de investigación, agregando costos y ralentizado el ritmo de la investigación *downstream*. El resultado es el retraso y cancelación de proyectos de desarrollo de productos útiles.

Los *anticommons* en investigación pueden surgir en forma de fragmentos concurrentes o de licencias apiladas. El primer caso, el de fragmentos concurrentes, se encuentra cuando para el desarrollo de una nueva investigación se requiere la licencia de gran cantidad de titulares de patentes, cada uno dueño de un fragmento de la tecnología necesaria para el proceso de creación. El segundo caso, el de las licencias apiladas, surge cuando para desarrollar una investigación se necesita licenciar tecnologías que a su vez han requerido licencias de utilidad eventual o alcance continuo (*reach-through licence agreement*, RTLA). Este tipo de licencias permite al titular de la patente obtener regalías por cualquier desarrollo que dependa directa o indirectamente de su patente. En la práctica, las RTLA pueden llevar a un *anticommons* cuando los propietarios *upstream* apilan sus solapados e inconsistentes reclamos sobre los productos que se desarrollan *downstream*. La maraña²⁶ de dependencias puede llevar a negociar con innumerables y desconocidos titulares de patentes *upstream*, que pueden hacer inviable la investigación *downstream*.²⁷

Para ambos casos, el licenciamiento de patentes en investigación *upstream* crea altos costes transaccionales, mucho antes que pueda saberse si la investigación generará ingresos suficientes para realizarla. Los costes transac-

25. Para Rifkin [1999] la recompensa de la investigación ya no es simplemente el respeto y la admiración de los que comparten una actividad y la contribución al conocimiento, sino patentar inventos que pueden ser muy lucrativos. Estévez Araújo [2002] señala que el *ethos* del investigador ha cambiado, ya que la ciencia ha dejado de ser una «vocación» en el sentido de Weber.

26. Shapiro [2001] desarrolla el término maraña de patentes (*patent thicket*) como análogo al *anticommons* de Heller.

27. DuPont ha ofrecido licencias no comerciales a los investigadores que utilicen su oncoratón, pero a cambio exige estar presente en las negociaciones cuando se discutan productos derivados u obtenidos a través del mismo [Heller and Eisenberg, 1998, 699].

cionales crecen rápidamente cuando los descubrimientos en investigación básica, necesarios para el trabajo subsecuente, son propiedad no de una entidad, sino de un número diferente de entidades [Rai and Eisenberg, 2004].

El académico Stephen Munzer [2005] y los miembros de la industria Epstein and Kuhlik [2004] sostienen que Heller y Eisenberg, a pesar del detallado ejemplo con que presentan la tragedia de los *anticommons* en el área biotecnológica, no proporcionan casi ninguna evidencia empírica para sostener su artículo. En contraste, otros autores como Shapiro [2001] y Clarkson and Dekorte [2006] muestran ejemplos en microelectrónica, telecomunicaciones, computación y nanotecnología donde se aprecian claramente los efectos del *anticommons* en la investigación científica.

Un estudio realizado por la *United States National Academy of Sciences*²⁸ sugiere que hay poca evidencia de que las patentes sobre herramientas de investigación en biotecnología inhiban la innovación. Sin embargo, Thomas et al. discrepan de estas conclusiones, explicando que una patente sobre código genético otorga un poderoso monopolio sobre todos los usos de la secuencia patentada, que tiene el potencial de reducir la libertad de investigación de, sobre todo, las compañías farmacéuticas y biotecnológicas. Aunado a este hecho, estos autores también señalan que la amplitud de las patentes otorgadas en este campo hace que existan pocos incentivos para continuar con la investigación de nuevas y mejores tecnologías.

En 2003, Walsh et al. realizaron una serie de entrevistas a un grupo mixto²⁹ de involucrados en actividades de investigación biomédica para indagar la problemática de las patentes en el desarrollo de sus actividades. Las respuestas mostraron que, efectivamente, el número de patentes necesarias para realizar un solo producto ha crecido. Del mismo modo, las patentes en investigación *upstream* han crecido y se teme que puedan convertirse en un obstáculo a la investigación subsecuente. A pesar de esto, casi ninguno de los entrevistados reportó que algún proyecto importante se hubiese detenido por problemas con derechos de propiedad intelectual.³⁰ La raíz del «éxito» de los proyectos importantes está en la aplicación de «soluciones prácticas» (*working*

28. Véase Thomas et al. [2002, 1187].

29. La muestra estaba compuesta de 70 personas en las que habían: abogados especialistas en propiedad intelectual, científicos, gerentes de industrias farmacéuticas y biotecnológicas, investigadores universitarios, oficinistas de instituciones de transferencias de tecnología y otras personas asociadas al comercio y gobierno.

30. Sin embargo, los autores no tienen evidencia concluyente sobre los proyectos que nunca se llevaron a cabo, y cuyas causas puedan incluir problemas de *anticommons*.

solutions), que consisten en inventar alrededor de las patentes, trasladar la investigación a países con legislaciones más flexibles en materia de propiedad intelectual, desarrollar y usar herramientas de investigación y bases de datos de dominio público, recurrir judicialmente la patente, o simplemente usar la tecnología sin obtener la licencia. Los entrevistados dijeron que la infracción de patentes sobre herramientas de investigación, especialmente por investigadores académicos, es común, ya que un tercio de ellos afirmaron haberlo hecho. Los miembros de la industria que la realizan esperan que los titulares nunca se den cuenta de la infracción por la misma maraña de patentes en que se encuentra sumergida la investigación. Mientras tanto, la justificación del lado académico es la denominada «exención de investigación».³¹

Mediante un acercamiento empírico muy ingenioso, Murray and Stem [2005] intentaron medir, de manera indirecta, el efecto de los *anticommons* a través de la evaluación de la tasa de citas de artículos cuyo contenido es, posteriormente, objeto de patente.³² Esta forma de revelación del conocimiento llamada «par patente-artículo», tiene como característica fundamental el retardo entre la fecha de publicación del artículo y la fecha de otorgamiento de la patente. El trabajo fundamental de los autores es encontrar si hay diferencia en el patrón de citas entre dos artículos similares, uno perteneciente a un par patente-artículo y otro no. Más específicamente, se pretendía evaluar el comportamiento de citas del par patente-artículo antes y después del otorgamiento de la patente. El estudio arrojó tres conclusiones fundamentales: (1) La tasa de citas de los pares patente-artículo es mayor que la de los artículos cuyos autores no solicitaron patentes.³³ (2) Los datos arrojan una evidencia estadísticamente significativa, aunque de bajo impacto, del efecto *anticommons*.

31. Los investigadores norteamericanos de entes sin fines de lucro sienten que sus infracciones de patentes están legitimadas por el carácter altruista de su labor. Sin embargo, el caso *Madey vs. Duke* invierte 200 años de tradición jurisprudencial con respecto a la exención de investigación [Eisenberg, 2003, Eisenberg S, 2006], al considerar que el fin de lucro no define la exención. Lo realmente definitorio es si la infracción aumenta el valor del negocio del infractor; en este caso, al tratarse de una universidad, la Corte de Apelaciones del Circuito Federal consideró que su «negocio» era ganar prestigio para conseguir los mejores estudiantes, investigadores, docentes y subvenciones. Esto se lograba con la infracción de la patente y, por lo tanto, la Universidad de Duke era responsable de los daños ocasionados al titular de la patente.

32. El estudio fue realizado para probar la tesis del *anticommons* en la biotecnología. La muestra consiste de 340 artículos de la revista *Nature Biotechnology* publicados entre 1997 y 1999. De estos, cerca de un 50% consiste de un par patente-artículo, con un período promedio de 37.5 meses de diferencia entre la publicación del artículo y obtención de la patente. Se compara el patrón de difusión post otorgamiento de la patente con un grupo control que no ha solicitado patente.

33. Aunque los autores explican que también el resultado de la tasa de citas obtenidas depende del sitio de origen y del número de autores del artículo, se podría deducir también que la investigación publicada que termina en patente tendrá más recursos a su disposición y sus descubrimientos pueden ser más importantes a la ciencia básica.

La tasa de citas baja entre un 9 y un 17% luego de otorgada la patente. La demanda de hallazgos de investigación científica por investigadores posteriores, limita el impacto empírico del efecto *anticommons*. (3) El efecto *anticommons* es más severo en artículos con autores norteamericanos o que provienen del sector público. Por lo tanto, los autores norteamericanos tienen más impacto a la hora de crear un efecto *anticommons* sobre la comunidad científica mundial. Pero que el efecto se incremente con autores cuya labor se realiza bajo el amparo de una institución pública, sólo puede significar el éxito de la ley *Bayh-Dole* en la patentabilidad y su acción coercitiva.

Por su parte, Hansen et al. [2006] publicaron un estudio sobre los efectos de las patentes en los avances de la comunidad científica, en donde se revela que de los 179 científicos encuestados, 40% reportaron que sus investigaciones fueron afectadas por dificultades en la obtención de tecnología patentada. En el caso de los investigadores de ciencias biológicas que trabajaban en la industria, este índice llegó al 76%, mientras que el resultado en las universidades fue de 35%. Un 58% de los que afirmaron haber tenido dificultades para obtener tecnología patentada sostuvo que sus investigaciones se habían atrasado, y de estos el 50% tuvo que cambiar la investigación y el 28% tuvo que abandonarla. El argumento en común de la mayoría de los afectados fue el de las complejas negociaciones de licenciamiento (58%), aunque el alto coste de las regalías quedó en un cercano segundo plano (49%).

A pesar de que la evidencia empírica no muestra un clara y fuertemente la tragedia de los *anticommons* en el estricto sentido que Heller y Eisenberg plantean, estos adelantan qué puntos problemáticos deben ser estudiados para conseguir salir de la maraña que puede crearse con la fragmentación de los derechos de propiedad intelectual en el conocimiento. Para empezar, los costes transaccionales de agrupar derechos pueden tener un efecto de largo plazo. Las instituciones públicas disponen de pocos recursos para enfrentarlos y generalmente desisten rápidamente, al contrario que las empresas privadas, que disponen de un equipo legal fuerte y dedicado a la tarea de la negociación. Esta heterogeneidad de intereses y recursos entre los titulares de derechos hace complicada la aplicación de una solución estándar que abarate los costes transaccionales. Sin embargo, estos costes aparecen temprano en el flujo de la I+D, cuando hay una alta incertidumbre en la rentabilidad del proyecto, por lo que se desconoce si al resolver el *anticommons* el producto terminará siendo demasiado caro. Finalmente, los titulares de patentes tienden a sobrevalorar sus invenciones, por lo que cada uno piensa que la suya es la patente clave de un área de investigación, y exigirá un precio mayor que el del mercado a los desarrolladores de productos *downstream*.

Shapiro sugiere tres soluciones a la tragedia de los *anticommons*: (1) El licenciamiento cruzado,³⁴ especialmente útil si no incluye el pago de regalías, pues los precios finales no se verán afectados.³⁵ (2) El fondo común de patentes, que permite a sus miembros acceder a la investigación patentada allí depositada, sin posibilidad de ser excluidos. El acceso está sólo supeditado al pago de las regalías establecidas.³⁶ (3) Los paquetes de licencias, que consisten en el acuerdo entre dos o más titulares para licenciar conjuntamente sus tecnologías y la forma en que repartirán las regalías.

Las barreras de patentes para el desarrollo de productos pueden ser, según Heller y Eisenberg, un fenómeno transitorio en lugar de una tragedia permanente, debido a que los actores involucrados pueden llegar a acuerdos que rompan con el proceso trágico. Pero la falta de sustitutos a ciertos descubrimientos puede incrementar la capacidad de negociación de algunos titulares de patentes, agravando los problemas de resistencia. Los investigadores y sus instituciones pueden resentirse de las restricciones al acceso a descubrimientos patentados por otros, aunque nadie quiere ser el único que dedique su trabajo al dominio público. En un *commons* de conocimiento siempre habrá productores y siempre habrá consumidores, pero también siempre habrá *free riders*. Estos, en algunos casos, toman la forma de estudiantes que no se dedicarán a la producción intelectual, sino que continuarán por otro camino profesional. Se beneficiarán de las más recientes técnicas y descubrimientos científicos sin prestar colaboración alguna en el desarrollo de los mismos. Que sucedería si extrapolásemos esta situación a cualquier otro *free rider* del mundo científico? Podría suceder algo que no fuese trágico?

La comedia de los *commons*

El gurú del Software Libre, Richard Stallman [2002], afirma que si ocurre una tragedia de los recursos comunales en el ámbito del conocimiento, será

34. Se puede definir como el acuerdo mediante el cual dos titulares de patentes se conceden mutuamente licencia para usar la patente del otro.

35. Jafee and Lerner [2004], al estudiar la facilidad con que se realizan acuerdos de licenciamiento cruzado, se preguntan para qué patentar. La respuesta viene dada en forma de lógica circular: para defenderme de la amenaza de las patentes de un rival. Una especie de carrera armamentística de patentes da lugar al mismo sistema de patentes, donde cada compañía quiere estar en la mejor posición posible a la hora de un acuerdo de licenciamiento cruzado. El patentamiento intensivo seguido de un intensivo licenciamiento cruzado es, al menos, un desperdicio de tiempo. La única razón de la patente sería entonces, mantener la espada de Damocles sobre los competidores menores, al poder de excluirlos mediante la amenaza constante de sufrir demandas.

36. Rai and Eisenberg explican que el fondo común de patentes es la solución preferida por los teóricos, aunque en la práctica encuentran obstáculos en forma de leyes antimonopólicas. Cualquier asociación entre empresas competidoras suele ser mal vista por los reguladores del mercado.

por infracontribución de obras intelectuales al campo común, hecho que sucede cuando los propietarios de los derechos sobre las mismas limitan su difusión. Se podría agregar que cada vez que una creación intelectual es diseminada en el campo común, su consumo sirve de semilla a nuevos productos intelectuales, que a su vez, generaran otras creaciones. Diseminar el conocimiento y permitir su uso por cualquiera, garantiza que nunca se llegará a una *tragedy of the commons*.

Nos encontramos ante una situación en la que mientras más se utilice el recurso común, menos posibilidades habrá de agotarlo. Rose [1994] utiliza el símil de las fiestas municipales, donde mientras más gente participe, más divertida será esta. Incluso, aquellos que sólo se presentan como simples observadores (los *free riders* de esta historia) ayudan a crear un clima más agradable en la fiesta. Por lo tanto una comedia³⁷ de los *commons*, como la autora la define y que Bollier [2007] llama la cornucopia³⁸ de los *commons*, viene a ser el opuesto de la tragedia de Hardin.

El llamado «efecto red» o Ley de *Metcalf*, por el que un recurso adquiere más valor a medida que más usuarios lo utilizan, hace que tanto la red telefónica como el conocimiento científico tengan un comportamiento diferente de cualquier recurso físico que ha sido evaluado según el modelo de Hardin. Se presenta, de acuerdo a Rose, un «raro lockeanismo» que justifica la apertura del recurso a todo el que desee utilizarlo. Por lo tanto, la infracontribución al *commons* es el verdadero problema; nadie quiere ser el que inaugure el baile, pero alguien tiene que hacerlo para romper el hielo. Como ya explicamos, los investigadores sienten la presión del sistema de patentes, sin embargo, es raro el que quiera contribuir con su trabajo al dominio público. Es importante que los creadores de conocimiento científico entiendan que hay modelos existentes que aprovechan el efecto red para generar más valor sobre sus contribuciones que lo obtenido a través de una patente.

La comunidad del software libre es el caso paradigmático de una cornucopia de los *commons*, donde tanto los creadores como los usuarios colaboran en el mejoramiento y ampliación de la base de conocimiento disponible. Esto es posible porque se garantizan cuatro «libertades fundamentales» a todos aquellos que utilizan el software: libertad de ejecutarlo, libertad de estudiarlo y modificarlo, libertad de copiarlo, y libertad de mejorarlo y publicar las mejoras. En pocas palabras, existe libertad para colaborar, pero también existe la

37. Comedia en el sentido de oposición a la tragedia teatral griega.

38. La cornucopia es el cuerno de la abundancia, una alegoría de la prosperidad utilizada en la heráldica mundial.

libertad para gorronear. Mediante múltiples proyectos que van desde el sistema operativo GNU/Linux a cualquier tipo de servicio o aplicación informática, el movimiento del software libre, por ejemplo, ha logrado conseguir la mayor parte del mercado de los servidores de páginas web que hay en Internet. El éxito de esta comunidad tiene mucho que ver con los excelentes canales de retroalimentación entre usuarios y desarrolladores, que permiten modificaciones, actualizaciones e innovaciones de los recursos con una altísima frecuencia.

Un segundo ejemplo puede observarse en la enciclopedia de Internet, Wikipedia. En ella, existe libertad de colaboración, tanto para agregar nuevos contenidos como para modificar los existentes. Gracias a esto, Wikipedia está entre los 10 sitios más visitados de Internet,³⁹ acaparando cerca de un 6% del tráfico total web. Es obvio que a los colaboradores de Wikipedia poco o nada les importan los *free riders*, quienes forman el grueso de los usuarios. El objetivo es ofrecer la mayor cantidad de información, siguiendo patrones de calidad de rigurosidad académica, para convertirse en una fuente confiable de referencia en la investigación⁴⁰. Wikimedia, la fundación que administra Wikipedia, ha expandido su oferta temática creando redes especializadas como Wikinoticias, Wikilibros Wikiquote, Wikisource, Wikimedia Commons, Wikiversidad, Wikispecies y Wiktionary.⁴¹

La Biblioteca Pública de la Ciencia (*Public Library of Science*, PLoS) es una organización sin fines de lucro que busca hacer del conocimiento científico un recurso libre, un recurso de acceso abierto (*open access*). Mediante la edición de revistas científicas en medicina y biología, PLoS acerca importantes avances en la investigación científica a los que de otra manera no podrían tener acceso. La idea es conseguir no sólo publicaciones, sino lectores.

Convertir la tragedia en una comedia debería ser el deseo de toda comunidad. Sin embargo, los intereses económicos, el individualismo propietario y la «justicia» lockeana son poderosas fuerzas en las que se apoyan los reticentes a reconocer que iniciativas como las expuestas no sólo son factibles, sino que además son rentables cuando el valor medido va más allá del económico.

39. Según los datos presentados por el recopilador de estadísticas de Internet, Alexa (<http://www.alexa.com>).

40. Sin embargo, y debido al verdadero problema de las redes colaborativas abiertas, el de los saboteadores, los curadores de Wikipedia recomiendan verificar los contenidos mediante fuentes tradicionales y utilizar de manera referencial la información obtenida.

41. Estas dos últimas Wiki no tienen todavía contenido en español.

Conclusiones

El conocimiento, que siempre ha sido libre, y que se genera socialmente, está sufriendo cada vez más, el proceso de *enclosure*, que en la Edad Media sufrieron los campesinos ingleses. Los ideólogos de la propiedad, se ocuparon de sentar las bases para legitimar la apropiación del conocimiento. La patente, privilegio medieval incólume, es el instrumento jurídico contemporáneo que legitima el proceso de cercamiento que el conocimiento está sufriendo actualmente.

La «tragedia» de los recursos comunales que describe Hardin, permite reafirmar a la patente, como el mejor instrumento jurídico para evitar los *free riders*, beneficiarios de las externalidades positivas que deben ser capturadas para garantizar al capitalista científico la rentabilidad de su inversión. Para él, el conocimiento manejado como un recurso de acceso abierto no es rentable, y aunque los recursos intelectuales no sean ni agotables ni exclusivos, hay que buscar la manera de crear artificialmente una situación de escasez que permita darles un valor económico en el mercado. El beneficio de una invención se reduce al sentido económico, y poco importa que otros investigadores puedan ver acelerada su labor o que productos finales dejen de ser desarrollados.

La consecuencia de la apropiación del conocimiento, es el excesivo parcelamiento o fraccionamiento del saber científico. Esto es lo que Heller observó en el área de las biotecnologías, y que otros han captado en otros sectores de la investigación. Los productores intelectuales son, a su vez, grandes consumidores de productos intelectuales, por lo que para conseguir un descubrimiento patentable, se debe sortear una maraña de patentes tan intrincada que, aunque se quisiera, sería muy complicada de desatar. Esto conlleva a la erogación de grandes cantidades de dinero por concepto de regalías y licencias, limitando aún más el acceso al saber, sobre todo para los pequeños investigadores. Se presenta entonces una paradoja capitalista, pues se busca para no dejar escapar los posibles beneficios económicos de la investigación, pero estos nunca se consiguen, ya que los posibles clientes difícilmente podrán obtener los recursos para afrontar el licenciamiento de todo el conocimiento que requieran para obtener resultados en su investigación.

Con Rose, encontramos las bases para afirmar que existen y han existido formas de administrar el conocimiento sin necesidad de crear exclusión, y de llegar a la tragedia hardiniana. Por el contrario, mientras más se use el conocimiento más rentable es socialmente, e incluso los *free riders* son bienvenidos y alentados a participar. Las iniciativas actuales, basadas en la filosofía del software libre, son una muestra de la reivindicación de lo colectivo sobre

lo individual. El orden social invertido con la modernidad reclama su lugar en el mundo postmoderno, a través de la ley *Metcalf* que promueve la utilización colectiva del saber humano.

Referencias

- ADAR, Eytan y HUBERMAN, Bernardo A. Free riding on gnutella. *First Monday*, 5(10), 2000. URL <http://citeseer.ist.psu.edu/adar00free.html>.
- ALTAMIRA, Rafael y CREVEA. *Historia de la Propiedad Comunal*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.
- ARISTÓTELES. *Política*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 384-322 aC/1951.
- BERKES, F.; FEENY, D.; MCCAY, B. J., y ACHESON, J. M. The benefits of the commons. *Nature*, 340:91-93, 7 1989.
- BLONDEAU, Oliver; DYER WHITEFORD, Nick; VERCELLONE, Carlo; KYROU, Ariel; CORSANI, Antonella; RULLANI, Enzo; MOULIER BOUTANG, Yann; y LAZZARATO, Maurizio. *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*. Mapas. Traficantes de sueños, Madrid, 2004.
- BOLLIER, David. The growth of the commons paradigm. In Charlotte Hess and Elinor Ostrom, editors, *Understanding Knowledge as a Commons*, chapter 2, pages 27-40. MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2007.
- BRUCE, John W. Conceptos sobre tenencia de la tierra. *Tenure Brief*, (1-S):1-8, 2000. Traducción española de Citlali, Cortés Montaña.
- BUCHANAN, James M.; y YOON, Yong J. Symmetric tragedies: Commons and anticommons. *Journal of Law and Economics*, XLIII, 4 2000.
- CAPEL, Horacio. El drama de los bienes comunes. la necesidad de un programa de investigación. *Biblio 3W, Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, VIII(458), 8 2003.
- CLARKSON, Gavin y DEKORTE, David. The problem of patent thickets in convergent technologies. *Annals of the New York Academy of Sciences: Convergent Technologies*, 1093:180-200, 12 2006.
- DEMSETZ, Harold. Towards a theory of property rights. *The American Economic Review*, 57(2):347-359, May 1967.
- DRAHOS, Peter. *A Philosophy of intellectual property*. Applied legal philosophy. Dartmouth, Aldershot, 1996.
- EGGERTSSON, Thráinn. Open access versus common property. In Terry L. Anderson and Fred S. McChesney, editors, *Property rights: Cooperation, conflict and law*, chapter III, pages 73-89. Princeton University Press, Princeton (N.J), 2003.
- EISENBERG S., Rebecca. Patents and data-sharing in public science. *Industrial and Corporate Change*, 15(6):1013-1031, November 2006.
- EISENBERG, Rebecca. Science and law: Patent swords and shields. *Science*, 229(1018-1019), 2003.
- ELLICKSON, Robert C. Property in land. *The Yale Law Journal*, 102:1315-1400, 1993.
- EPSTEIN, Richard A. y Kuhlik Bruce. Is there a biomedical anticommons? *Regulation*, 27(2):54-58, Summer 2004.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio. En misa y replicando: Las industrias biotecnológicas

- y las patentes de genes humanos. *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, XI(2):45-58, 2002.
- FEENY, David; BERKES, Fikret; MCCAY, Bonnie J., y ACHESON, James M. The tragedy of the commons: Twenty-two years later. *Human Ecology*, 18(1):1-19, March 1990.
- FORSTER LLOYD, William. *Two Lectures on the Checks to Population*. The University of Oxford, Oxford, 1833.
- GRECO, Gian Maria y FLORIDI, Luciano. The tragedy of the digital commons. Technical report, Information Ethics Group (Oxford University and University of Bari), 2003.
- HANSEN, Stephen; BREWSTER Amanda; ASHER, Jana; y KISIELEWSKI, Michael. The effects of patenting in the aaas scientific community. Technical report, AAAS, 2006.
- HARDIN, Garrett. Extension of the tragedy of the commons. *The American Association for the Advancement of Science*, 1998.
- The tragedy of commons. *Science*, 162(3859): 1243-1248, December 1968.
- HELLER, Michael A. y EISENBERG, Rebecca S. Can patents deter innovation? the anti-commons in biomedical research. *Science*, 280 (5364):698-701, Mayo 1998.
- HELLER, Michael. The tragedy of the anticommons: Property in the transition from Marx to markets. *Harvard Law Review*, 111: 621-688, 1998.
- HETTINGER, Edwin C. Justifying intellectual property. *Philosophy and Public Affairs*, 18(1):31-52, Winter 1989.
- HIMMA, Kenneth. The legitimacy of protecting intellectual property rights: The irrelevance of two conceptions of an information commons. *Berkeley Center for Law and Technology*, (37), 2007.
- HOBBS, Thomas. Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. In *Del ciudadano y Leviatán*, Serie: Antología de textos políticos, pages 43-235. Tecnos, Madrid, 2 edition, 1660. Traducción española de Enrique Tierno Galván (1965).
- JAFEE, Adam B., y LERNER, Josh. *Innovation and its discontents how our broken patent system is endangering innovation and progress, and what to do about it*. Princeton University Press, Princeton, 2004.
- LEMLEY, Mark A. Property, intellectual property, and free riding. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 291*, 2004.
- MUNZER, Stephen R. The commons and the anticommons in the law and theory of property. In Martin P. Golding and William A. Edmundson, editors, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, pages 148-162. Blackwell Publishing, Oxford, 2005.
- MURRAY, Fiona y STEM, Scott. Do Formal Intellectual Property Rights Hinder the Free Flow of Scientific Knowledge; An Empirical Test of the Anti-Commons Hypothesis. *Journal of Economic Literature*, 3 2005. Prepared for the NBER Academic Science and Entrepreneurship Conference Santa Fe, NM.
- OSTROM, Elinor. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- PERI, Giovanni. Knowledge flows and knowledge externalities. *CESifo Working Paper Series No. 765*, 2002.
- RAI, Arti K. y EISENBERG, Rebecca S. Bayh-Dole reform and the progress of biomedicine. *Law and Contemporary Problems*, 66 (1), 2004.
- RIFKIN, Jeremy. *El siglo de la biotecnología*. Crítica/Marcombo, Barcelona, 1999.
- ROSE, Carol M., *Property & Persuasion: Essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership*. Westview Press, Boulder, 1994.

- SCOTT GORDON, H. The economic theory of a common-property resource: The fishery. *The Journal of Political Economy*, 62(2): 124-142, April 1954.
- SHAPIRO, Carl. Navigating the patent thicket: Cross licenses, patent pools, and standard-setting. In Adam Jafee, Joshua Lerner, and Scott Stern, editors, *Innovation Policy and the Economy, Volume I*. MIT Press, 2001.
- STALLMAN, Richard. Intellectual enclosure. *Boston Review*, Summer 2002.
- THOMAS, Sandy M.; HOPKINS, Michael M.; y BRADY, Max. Shares in the human genome - the future of patenting DNA. *Nature Biotechnology*, (20):1185-1188, 2002.
- VANNESTE, Sven; HIEL, Alain Van; PARISI, Francesco; y DEPOORTER, Ben. From «tragedy» to «disaster»: Welfare effects of commons and anticommons dilemmas. *International Review of Law and Economics*, Research Paper No. 04-23, 2006.
- WALSH, John P. Ashish Arora, and Wesley M. Cohen. Science and the law: Working through the patent problem. *Science*, 299 (5609):1021, February 2003.

El *copyright* y el mundo no occidental. Propiedad creativa indebida*

JOOST SMIERS

El presente artículo plantea una categorización, a escala local y mundial, de las diferentes situaciones en las que la introducción del *copyright* y la privatización de la creatividad transforman las culturas locales de un modo u otro. Esta tipificación está construida sobre la pregunta de ¿quién es el verdadero autor de una obra o producto cultural?, y sobre el problema de la deuda de los países del Tercer Mundo y su relación con los derechos de propiedad intelectual.

Poco a poco, empezamos a comprender que la filosofía en la que se apoya nuestro actual sistema de *copyright* es menos evidente de lo que solemos aceptar. Al mismo tiempo, observamos que el *copyright*, en la mayor parte de los casos, no favorece a los artistas, ni al dominio público ni a los países del Tercer Mundo. En *Arts Under Pressure. Promoting Cultural Diversity in the Age of Globalization* (2003), planteo que no podemos continuar con un sistema que favorece más a las grandes industrias culturales que al interés público. El *copyright* tiene carácter de pulpo. Incluye también todas las expresiones que tengan una vaga referencia a una obra específica, y es prácticamente interminable.

Como alternativa, propongo sustituir el sistema del *copyright* por un derecho de propiedad restringido y limitado. Se trataría de una restricción en el tiempo: una obra muy popular puede volver al dominio público después de un par de meses; para otras obras esto puede suponer, por ejemplo, diez años, pero

*Traducción: Antonio Fernández Lera.

no más. Se trataría también de un límite en tamaño: el propietario tiene derecho sobre la propia obra creativa y no sobre lo que se le parezca. Sería provechoso para la cultura que la adaptación creativa volviera a tener aceptación general. ¿Acaso no ha sido la adaptación creativa una práctica y un impulso motriz en todas las culturas de todas partes del mundo? En la mayoría de las culturas sigue siendo normal y habitual considerar que la creación y la representación es un proceso permanente de préstamo y adaptación; nadie piensa que alguien pueda ser el propietario exclusivo de una obra de arte. Supongamos que introducimos un derecho de propiedad extremadamente restringido para los artistas y sus intermediarios directos. Tendríamos, por consiguiente, un amplio dominio público de expresiones artísticas en las que cualquiera podría basarse. ¿Qué sucedería? La consecuencia sería que las industrias culturales perderían su exclusividad monopolista y su derecho casi eterno sobre las obras de arte (que en su mayor parte tienen sus raíces en el dominio público; no hay razón para ser románticos acerca del genio que crea a partir de la nada, ¡y las industrias culturales no son en absoluto creadoras!). Uno de los resultados sería que ya no tendría sentido para las industrias culturales invertir fuertemente en superventas, «estrellas» y autores de grandes éxitos, y en todos los artilugios, camisetas y parques temáticos que rodean a libros, películas y canciones que se interrelacionan como interminables herramientas publicitarias.

Esta práctica de dominación comercial de los gigantes culturales debería ser frenada de todos modos. Ronald Bettig (1996), tomando como ejemplo el cine, considera «legítimo cuestionar el gasto de cantidades de 100 millones de dólares o más para la producción, distribución y comercialización de grandes largometrajes en tanto que gravamen sobre el presupuesto de nuestra sociedad para la creatividad cultural. Muchas más visiones filmicas podrían ser accesibles si tales recursos, así como la formación y la tecnología necesarias para producir las películas, tuvieran una distribución más amplia». Semejante «normalización» del mercado (después de la abolición del *copyright* y su sustitución por un derecho de propiedad muy restringido) crea un espacio de atención para la multitud de otros artistas ahora alejados de mala manera de la atención pública por el predominio de unas pocas grandes empresas culturales. Aunque el sistema actual de *copyright* proporciona sustanciales ingresos solamente a un limitado grupo de artistas, la apertura de este nuevo mercado ofrecerá a cientos de miles de artistas unos ingresos razonables. ¿Por qué? Porque les ofrecería la oportunidad de encontrar públicos, lectores y compradores no condicionados por el dominio de un puñado de industrias culturales sobre el mercado.

El cambio del *copyright* a un derecho de propiedad restringido limita el lapso de tiempo en el que las obras creativas pueden ser explotadas, y lo retrotrae

a unas proporciones más normales. Además, hace que el trabajo artístico sea menos sacrosanto. Puede ser adaptado creativamente, y esto debería ser estimulado. Nadie debería tener derecho a congelar nuestras culturas, como sucede en el sistema de *copyright* occidental, ni a tener la propiedad exclusiva de sus productos culturales. Posiblemente se requiere un tiempo para habituarse al análisis que expongo aquí brevemente en relación con el *copyright*. Por otra parte, las personas que intercambian música y películas después de la era Napster, los artistas que *samplean* en el ámbito digital y los públicos que compran CD piratas no creen estar perjudicando los intereses particulares de ningún artista. Consideran que se ha perdido el equilibrio entre intereses privados y públicos en lo concerniente a la creación, la producción, la distribución, la promoción y la recepción culturales, y de este modo ¡ellos «normalizan» de nuevo este equilibrio!

El fondo del debate sobre el *copyright* concierne al concepto de la propiedad privada (predominante en el inicio de la ideología del siglo XXI) frente a la menospreciada idea de que es necesario que exista un amplio dominio público de conocimiento y creatividad. ¡Sabemos que en tales circunstancias el debate sobre cuestiones de propiedad es un tema espinoso! No obstante, merece la pena abordarlo, pues la Declaración Universal de los Derechos Humanos plantea que todo el mundo debería tener acceso a los medios de comunicación y menciona también que los artistas deberían tener el derecho de ganarse la vida con su trabajo. Nuestro sistema actual de *copyright* dificulta ambos objetivos y por consiguiente debería ser reconsiderado.

La razón indirecta para centrar este artículo en el *copyright* y en el «mundo no occidental» es un conflicto planteado desde hace muchos años entre el teatro del Royal Tropical Institute de Ámsterdam (que presenta espectáculos musicales, danza y otras actuaciones teatrales de la mayoría de los países no occidentales) y la sociedad holandesa recaudadora de derechos musicales, que quiere recibir el dinero correspondiente a la música y otras expresiones artísticas representadas en este teatro. El teatro se opone a ello por dos razones. El dinero nunca llegará a los artistas de los países no occidentales que actúan en Ámsterdam o en cualquier otro lugar del mundo occidental. La segunda objeción se basa en la inexistencia de una división entre creadores e intérpretes en la mayoría de los lugares del mundo. Por lo tanto, el teatro prefiere pagar a los artistas bien y directamente, sin la intermediación de una sociedad recaudadora.

No obstante, este conflicto merece un análisis más amplio. Si ya dudamos de que el sistema de *copyright* sirva a los sectores culturales en las sociedades occidentales, con mayor motivo debemos contemplar los países que históricamente no han tenido tales sistemas de derechos de propiedad intelectual.

¿Necesitan introducirlos e imponerlos aun a sabiendas de que este no beneficiará a sus culturas y que una parte del problema de la deuda de los países no occidentales ha sido ocasionada exactamente por las enormes cantidades de dinero que tienen que pagar por los derechos de propiedad intelectual a empresas occidentales? En el contexto de los tratados de la Organización Mundial de Comercio (OMC), específicamente en el titulado «Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» [ADPIC, TRIP en sus siglas en inglés], los países pobres y en desarrollo han sido agresivamente presionados a introducir los sistemas de *copyright*, patentes y derechos de propiedad intelectual correspondientes. Cabe preguntarse cómo funciona esto. ¿Cuáles son las consecuencias de los cambios que tienen lugar en tales sociedades, que abarcan desde la mayoría de las creaciones artísticas pertenecientes al dominio público hasta la privatización de las expresiones culturales? No se ha realizado hasta ahora casi ningún análisis sistemático sobre este crucial asunto. Este artículo ofrece una categorización, a escala local y mundial, de las diferentes situaciones en las que la introducción del *copyright* y la privatización de la creatividad transforman las culturas locales de un modo u otro. Obviamente, es necesario perfeccionar, corregir y completar esta categorización y este análisis. Planteo esta categorización con un par de observaciones: una se refiere a ¿quién es el verdadero autor? La segunda observación concierne al problema de la deuda de los países del Tercer Mundo y su relación con los derechos de propiedad intelectual.

¿Quién es el verdadero autor?

El *copyright* no beneficia a los países del Tercer Mundo más que a los de Occidente. La apropiación individual de las creaciones e invenciones es un concepto extraño a muchas culturas. Los artistas y los inventores son pagados por su trabajo, cuyo éxito depende, obviamente, de su fama y de otras circunstancias. Pueden ser altamente respetados por lo que han creado. No obstante, en la mayoría de las culturas no existe justificación para que un individuo explote una creación o una invención de forma monopolista durante muchas décadas, ni tampoco es ésa la práctica habitual. Después de todo, el artista o inventor prosigue el trabajo de sus predecesores. Un buen ejemplo de este tipo de continuidad artística es la música *rai* argelina. Otros ejemplos son las culturas musicales tradicionales y populares, como el calipso, la *samba*, el *rap*, etc. Con respecto al *rai*, Bouziane Daoudi y Hadj Miliani (1996) subrayan «que el mismo tema puede conocer tantas variaciones como intérpretes». La base es el conocimiento compartido, que se refiere no tanto a un repertorio de «textos» existentes como a un conjunto de signos sociales (el *mérioula*, el *mehna*, el *minoun*, e *'har*, etc.).

Resulta difícil reconocer al verdadero autor, en el sentido occidental del *copyright*, del *rai*. El *rai* no tiene autor. Hasta hace unos años, con la entrada en el mercado occidental, los cantantes «tomaban prestadas» canciones o coros unos de otros. El público añadía palabras espontáneamente a una canción. El hurto, el pillaje y el plagio no existen por lo que se refiere a estos cantantes, conocidos como *chebs* y *chebete*. Es una forma de música que depende enormemente de influencias procedentes de las circunstancias, el periodo, el lugar o el público inmediato. Bouziane Daoudi y Hadj Miliani describen el *rai* como un «continuo de una imaginación social fuertemente perturbada».

La idea del pago de *royalties* es también extraña en la cultura japonesa. Japón tuvo que cambiar su ley de *copyright* en 1996 por presión de Estados Unidos. El periódico *International Herald Tribune* informó entonces que «la actual ley japonesa de *copyright* no protege las grabaciones extranjeras realizadas antes de 1971, lo cual significa que las compañías discográficas occidentales, según sus estimaciones, están perdiendo millones de dólares al año en *royalties* procedentes de la copia de melodías que siguen siendo enormemente populares». El titular del artículo sobre este tema decía: «U.S. Take Music-Piracy Charge Against Japan to WTO» [«Estados Unidos lleva la acusación de piratería musical contra Japón a la OMC»]. Esto resulta curioso: ¡una diferencia cultural (es decir, una opinión diferente acerca de la duración que deben tener los derechos) ha sido interpretada como «piratería»!

Tôru Mitsui (1993) explica que el concepto básico del *copyright* se ha hecho familiar en Japón principalmente a través de la cobertura informativa de noticias sobre el *copyright* en relación con discos, cintas y programas informáticos. «Pero el pueblo japonés sigue sin entender bien el asunto del *copyright*, o más exactamente, la idea del derecho individual. En términos generales, reivindicar el derecho personal es considerado como deshonroso e indigno, especialmente cuando el derecho implica dinero».

Incluso cuando el *copyright* se aplica en numerosas culturas no occidentales, enseguida se pone en evidencia que la ideología que sostiene el sistema no encaja con la complejidad de los procesos creativos. En Occidente parece existir una fuerte división, por ejemplo en el caso de la música, entre el compositor y el intérprete. No sucede así, por ejemplo, en la música africana, que según John Collins (1993) suele estar asociada con muchos otros aspectos además del musical. Así, en este caso, los elementos que favorecen el aumento de los *royalties* «deben, en nombre de la equidad creativa, dividirse en cuatro: la letra, la melodía, el ritmo y el paso de baile —subdividiéndose, además, la melodía en diversas melodías contrapuntísticas o cruzadas y el polirritmo en múltiples subritmos». No obstante, esto no es todo: «en las

artes escénicas africanas, los espectadores tienen a menudo también un papel creativo, ya que cantan, dan palmas y establecen diálogos bailados con los músicos». Obviamente, todos estos elementos cambian cualquier representación. Está claro que la asignación individual de *copyright* no puede funcionar. Después de todo, «¿cómo se mide el grado (y el valor) de la «originalidad» en una pieza de música continuamente *reelaborada*?».

Rosemary Coombe (1998) percibe una similar imposibilidad de aplicación del *copyright* a los pueblos nativos de Canadá. «La ley parte en dos algo que los pueblos y las ‘primeras naciones’ ven como integralmente relacionado, congela en categorías lo que los pueblos nativos consideran que fluye en relaciones que no separan los textos respecto de la actual producción de creatividad, o la actual creatividad respecto de las relaciones sociales, o las relaciones sociales respecto de las relaciones de las personas con un paisaje ecológico que une a generaciones pasadas y futuras en relaciones de relevancia espiritual».

¿Resolvería un nuevo tipo de *copyright*, un sistema de derechos colectivos, los temas planteados hasta ahora? En tanto que el concepto occidental de *copyright* exige la presencia de un autor identificable, la noción de autoría no existe en este sentido en muchas otras sociedades (¡e incluso no siempre en Occidente!). El *copyright* tiene un límite temporal (en teoría, sí), pero las expresiones artísticas en muchas sociedades no occidentales son elementos importantes de las identidades culturales de las personas. El *copyright* suele exigir que las obras se fijen, pero no es mediante semejante congelación de las culturas como funciona la creatividad en la mayoría de las sociedades en todos los rincones del planeta (Dutfield 2002).

En el debate académico existente se da una cierta incompreensión acerca de cuál es realmente el problema que el sistema de *copyright* occidental supone para la mayoría de las culturas de todo el mundo. La idea es que debería encontrarse una solución para el folclore y para las «culturas tradicionales». Por supuesto, es difícil determinar quién es el autor colectivo en tales circunstancias, y por tanto no procede el establecimiento de una forma de *copyright* colectivo. Pero, de hecho, este es un problema menor, algo casi del pasado, porque en la mayoría de los casos es aplicable el sistema de *copyright* occidental. El argumento es el siguiente: La creatividad y la representación se individualizan, y esto pone en juego inevitablemente derechos de propiedad intelectual. No obstante, el ejemplo de la música *rai* (desarrollada en un mundo en proceso de modernización) pone de manifiesto que conceptos como folclore y «culturas tradicionales» abarcan sólo parcialmente el amplio territorio de creación artística en todo el mundo que no encaja con el concepto y las prácticas occidentales del *copyright*.

Aparentemente, la verdadera lucha es esta: ¿deberían todas las formas de expresiones artísticas ser embutidas, tarde o temprano, en el marco del sistema de *copyright* occidental, y deberíamos, en los casos excepcionales en los que esto pueda no funcionar, probar un sistema de derechos colectivos (sabiendo que no podemos encontrar las definiciones correctas para dicho sistema, y con la esperanza de que después de unos años el problema deje de existir porque todas las creaciones de todas las culturas del mundo del pasado y del presente habrán sido adaptadas ya de tal modo que el sistema occidental de *copyright* será aplicable casi en todas partes y en todos los casos)? ¿O debemos reconocer que el sistema occidental de *copyright* no encaja en la mayoría de los procesos de creación y representación artística?

Éste no es todavía el debate general. Por consiguiente, prosigue la búsqueda de algo similar a un derecho de propiedad colectiva sobre las culturas. Este concepto mismo ha sido mencionado en *Nuestra diversidad creativa*, el Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo publicado en 1996 (6). Este Informe (Pérez de Cuéllar, 1996) declara «que los grupos culturales tradicionales poseen derechos de propiedad intelectual *como grupos*. Esto lleva a la idea radical de que puede existir una esfera intermedia de derechos de propiedad intelectual entre los derechos individuales y el dominio público (nacional o internacional)». No obstante, esta «idea-grupo» no deja de plantear problemas. Plantea, por ejemplo, el tema de qué es lo que debe protegerse. «La simple noción proporcionada por un imaginado origen cultural primigenio es obviamente inadecuado aquí: la alfombra navajo, por ejemplo, contiene influencias que pueden remontarse, a través de México y España, hasta el norte de África».

La Comisión entiende que se plantea también un problema con la palabra folclore como objeto susceptible de protección, y sugiere por tanto «que la palabra 'folclore' debe aplicarse a las tradiciones creativas vivas conformadas por poderosos vínculos con el pasado». La Comisión también ha señalado «que la 'propiedad intelectual' tal vez no sea el concepto jurídico correcto que debe utilizarse en ningún caso. Puede plantearse un argumento en favor de un nuevo concepto basado en ideas inherentes en las leyes sociales tradicionales. Esto podría ser más constructivo que intentar que las formas de protección encajen en un marco que nunca fue diseñado para ellas y en el que los actuales usuarios y desarrolladores de las ideas de *copyright* se resisten enérgicamente a dicho proceso» (Pérez de Cuéllar, 1996). Estos interesantes primeros pasos de *Nuestra diversidad creativa* no tuvieron seguimiento en el sentido de un tratamiento completo del problema de cómo abordar las expresiones artísticas y los artistas que no encajan en absoluto en el corsé del sistema occidental de *copyright*.

Krister Malm describe cómo, en 1996 —el mismo año en que se publicó *Nuestra diversidad creativa*—, la cuestión de la protección internacional del *copyright* en relación con el folclore fue incluida en el orden del día por una serie de gobiernos de países del Tercer Mundo, esta vez en el contexto de los preparativos para la reunión de la OMC celebrada en Ginebra en enero de 1997. «La iniciativa para incluir el tema en el orden del día de OMC fracasó», informa. «Una vez más, el fracaso se debió a la resistencia de poderosos países industrializados y de las industrias culturales a cualquier introducción de derechos 'colectivos' o 'propiedad cultural' en el sistema actual de derechos de propiedad intelectual e industrial». Finalmente, se tomó la decisión de celebrar en abril de 1997 una reunión organizada conjuntamente por la Unesco y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en Phuket, Tailandia.

Hubo consenso entre algunos países participantes, especialmente del Tercer Mundo, en favor de la elaboración de un instrumento jurídico internacional sobre cómo debería llevarse a la práctica dicho derecho propiedad intelectual colectiva. Esto no gustó nada a los delegados estadounidense y británico. Krister Malm (1998) comenta que la tensión aumentó «cuando el delegado estadounidense afirmó que dado que la mayoría del folclore que se explotaba comercialmente era folclore estadounidense, los países del Tercer Mundo tendrían que pagar muchísimo dinero a Estados Unidos si se aprobara una convención internacional. El abogado indio, Purim, respondió que eso era lo que ocurría ya con las convenciones existentes y que, por cierto, todo el folclore estadounidense excepto el amerindio había sido importado a Estados Unidos desde Europa, África y otros países. Por la tanto, el dinero debería ir a los propietarios originales de dicho folclore». En abril de 1998, Malm señaló que hasta entonces nada había salido de la reunión de Phuket y que sus esperanzas de que los derechos colectivos fueran tomados en serio por los países occidentales en un futuro próximo no eran muy grandes. La Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Doha, Qatar, en noviembre de 2001, hizo pública la denominada Declaración de Doha. El artículo 19 de esta ordenaba al Consejo de los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de la OMC que examinara la relación entre el acuerdo sobre los ADPIC y la Convención sobre la biodiversidad, prestando especial atención a la protección de los conocimientos tradicionales y del folclore. Este proceso no muestra tampoco ningún progreso.

El problema de la deuda

El hecho de que los países occidentales ganen enormes sumas de dinero procedentes de los derechos de propiedad intelectual que los países del Tercer

Mundo deben transferirles puede ser una espina en sus ojos. James Boyle (1996) ilustra, con algunos ejemplos muy bien escogidos, el grado de cinismo que eso alcanza en relación con los países pobres y sin poder. «El concepto de autor se alza como una puerta por la que uno debe pasar con el fin de adquirir derechos de propiedad intelectual. En estos momentos, esta es una puerta que se inclina desproporcionadamente en favor de las aportaciones de los países desarrollados a la ciencia y la cultura mundiales. El *curare*, el *batik*, los mitos y el baile *lambada* fluyen hacia el exterior de los países en desarrollo, desprotegidos de derechos de propiedad intelectual, mientras que el Prozac, Levis, Grisham y la película *¡Lambada!* fluyen hacia el interior —protegidos por una serie de leyes de propiedad intelectual, que a su vez son respaldados por la amenaza de sanciones comerciales».

Esta transformación de ideas y materias primas, y la explotación de los mercados, son recompensadas con derechos intelectuales; pero las materias primas, incluida la música y las imágenes, son objeto de muy escasa consideración en el terreno de los derechos intelectuales. Jutta Strötter-Bender (1995) proporciona un ejemplo en el campo del diseño. «Para los diseñadores occidentales, todo el universo de decoraciones e imágenes procedente del Tercer Mundo constituye una inagotable reserva de la que se sirven desvergonzadamente y, con toda seguridad, sin el adecuado pago a la fuente de su 'inspiración'». Es obvio que debería realizarse una mayor investigación para obtener un panorama más claro del daño que se está infligiendo a las culturas del Tercer Mundo desde esta perspectiva.

Noam Chomsky (1993) puede no estar lejos de la verdad cuando observa que las compañías estadounidenses pueden llegar a ganar 61.000 millones de dólares al año procedentes del Tercer Mundo por derechos de propiedad intelectual, «a un coste para el Sur que eclipsará el actual flujo de cargas de la deuda del Sur al Norte». Esto es un cálculo desde principios de los años 1990. Diez años más tarde, en 2003, esta cantidad de dinero será considerablemente más elevada, cuando ciertamente también otras compañías occidentales titulares de derechos se incluirán en el cálculo. Una parte de esta suma se refiere (además de a patentes y marcas comerciales) al *copyright* sobre «productos» culturales. De qué proporción se trata, no obstante, es difícil de calcular debido a las enormes diferencias en las estadísticas comerciales entre países. Cabe suponer que el dinero que los países pobres deben pagar en materia de *copyright* va en aumento, en parte debido a que los países meridionales y orientales sienten la presión desde Occidente para combatir la piratería. Esto supone una sangría sobre los ya escasos recursos de sus fuerzas policiales. Además, los conglomerados de empresas culturales transnacionales penetran en esos países más eficazmente con sus productos de entretenimiento y otros productos culturales. Por consiguiente, esos países deben

transferir los escasos recursos monetarios de los que disponen a las industrias culturales occidentales y japonesas.

No es de extrañar que los países del Tercer Mundo no perciban que los recursos intelectuales de sus sociedades quedarían bajo el amparo de la OMC y su nuevo «Tratado sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (ADPIC), mediante lo cual se les impediría desarrollar sus propias políticas en este sensible terreno. Friedl Weiss (1998) ofrece la siguiente visión de la lucha entre el Norte y el Sur que tuvo lugar en los años anteriores a 1993: «Aunque existen considerables antecedentes y prácticas de tratados multilaterales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual, el asunto, como es bien sabido, se convirtió en tema de negociaciones multilaterales en la Ronda de Uruguay solamente por la insistencia de los países industrialmente avanzados, especialmente EEUU. Los países en desarrollo fueron, en un principio, extremadamente reticentes a entrar en tales negociaciones dado que apenas existía ningún terreno común entre ellos y los países industrialmente avanzados, en filosofía económica, objetivos o tradición normativa. Destacados países en desarrollo, por ejemplo, consideraban inapropiado establecer en el marco del GATT cualquier nueva regla y disciplina que afectara a criterios y principios concernientes a la disponibilidad, el alcance y el uso de los derechos de propiedad intelectual».

¿Qué sucedió? «Consiguientemente, rechazaron enfáticamente toda idea de integración del convenio sobre los ADPIC en el propio GATT que, argumentaron, jugaba solamente un papel periférico en este terreno precisamente porque los ADPIC no guardan relación con el comercio internacional. Por otra parte, los países en desarrollo se contentaron con la integración de normas sustantivas de los principales tratados sobre derechos de propiedad intelectual en el acuerdo de los ADPIC. Al final, el punto muerto en las negociaciones sobre derechos de propiedad intelectual se superó mediante una combinación que concedía a los países en desarrollo y a los países menos desarrollados más tiempo de transición para lograr unos niveles superiores de protección en materia de derechos de propiedad intelectual, junto con concesiones en otras áreas, en particular textiles y comercio paralelo» (Weiss, 1998).

Se necesita una mayor investigación para conocer cuáles fueron, y siguen siendo, las consideraciones precisas de los países no occidentales en lo concerniente a los derechos intelectuales en el campo cultural. En *The Challenge to the South* (1990), un informe escrito bajo la presidencia del antiguo presidente de Tanzania, Julius Nyerere, se expresaron amargas palabras acerca del planteamiento occidental en lo concerniente a los derechos de propiedad intelectual. «El objetivo, claramente, es instalar un sistema que obligue a los países en desarrollo a reestructurar sus leyes nacionales para adaptarse a las necesidades e intereses del Norte. Esta iniciativa pretende ampliar el ámbito

de aplicación del sistema que rige los derechos de propiedad intelectual, aumentar la duración de los privilegios garantizados, ampliar la zona geográfica donde tales privilegios puedan ejercerse, y aliviar las restricciones sobre el uso de derechos garantizados».

Después de estas observaciones —sobre el autor y la deuda— tiene sentido categorizar, en un ámbito local y mundial, las diferentes situaciones en las que la introducción del *copyright* y la privatización de la creatividad transforman o afectan a las culturas locales de un modo u otro. La Unesco, la OMPI, la OMC, los ADPIC y todos los especialistas que participan en cuestiones relacionadas con el *copyright* colectivo frente al *copyright* individual no han logrado hasta ahora realizar ese análisis concreto basado en la práctica diaria de la vida cultural en las regiones del mundo no occidentales.

1. El ámbito local

a. *El dominio público y el legado cultural*

Sin ser románticos, podemos observar que en muchas partes del mundo las creaciones artísticas, pasadas y presentes, pertenecen a la comunidad. Por supuesto, la gente puede ser celosa de sus respectivas creaciones o, en el otro extremo de la escala, alguien puede ser considerado mejor artista y ser respetado en consonancia. No obstante, la obra de los predecesores y de los contemporáneos siempre está accesible para reescribir y reinterpretar dichas creaciones y actuaciones. Crear en tales sociedades es un proceso permanente de cambio y adaptación. En muchas culturas las expresiones artísticas son consideradas incluso como manifestaciones externas de la vida espiritual interior.

El filósofo francés Roland Barthes explicó en *La mort de l'auteur* (1968) en lo que él denominaba sociedades etnográficas, «la responsabilidad sobre una narración nunca es asumida por una persona, sino por un mediador, chamán o narrador cuya «actuación» —el dominio del código narrativo— puede posiblemente ser admirada, pero nunca su «genio» (en Newton, 1988) (9). El autor es una figura moderna. Por supuesto, las sociedades cambian permanentemente y la posición de los artistas y su obra difiere también en culturas diferenciadas. Durante las últimas décadas, en diversos lugares del mundo, la relación entre los artistas y la vida cultural tradicional adoptó características diferentes y se hizo menos directa. La tradición se individualizó más y los artistas se convirtieron en personalidades por sí mismas.

b. *Apropiación privada en el seno de comunidades locales*

Entretanto, sucede cada vez más en las ciudades no occidentales que los artistas locales se apropian privadamente de una idea artística, una melodía o

un desarrollo cultural procedente de la tradición colectiva, y empiezan a utilizarla para sus propios intereses comerciales. La hacen pasar por suya, lo que pone en marcha el proceso de excluir a otros de dichos recursos culturales. En esta transformación el concepto de *copyright* se introduce bastante rápidamente. Este fenómeno no debería ser motivo de asombro. El conjunto moderno de pensamiento que se refiere a la suposición de que el *copyright* puede ayudar a los artistas a ganar dinero no se detiene en las fronteras del mundo occidental. Cabe preguntarse qué tipo de pretensiones causa esto en las comunidades locales. En todo caso, una vez que la apropiación privada de los recursos culturales se ha puesto en marcha conjuntamente con la introducción de la noción de *copyright*, las sociedades nunca vuelven a ser las mismas.

Lo que se ha descrito aquí en pocas palabras abarca enormes transformaciones sociales que se están produciendo por todo el mundo desde hace un par de décadas (pero a velocidad cada vez mayor en los últimos años). Es imperiosamente necesario un análisis en relación con estos procesos, porque están en juego cambios radicales en las culturas. Parecen sucesos automáticos y evidentes en sí mismos que no requieren atención específica. Todo sigue su curso con el *copyright* como vencedor último. El único problema pendiente es, por tanto, la extrema dificultad de su reivindicación. No obstante, no es seguro que todo el mundo esté contento con estas transformaciones. No sabemos gran cosa acerca de las tensiones que esto provoca en diferentes zonas del mundo no occidental. ¿Existen «contramovimientos» que reclamen que no se vacíe el dominio cultural público? ¿Cuáles son sus argumentos? ¿Dónde creen que debería encontrarse un nuevo equilibrio entre las comunidades en el terreno cultural y el derecho de los artistas a ganarse la vida con su trabajo?

c. Artistas locales y compañías discográficas locales

Consideremos esta situación. Una compañía discográfica local produce cintas de audio o discos compactos de artistas locales. En un país más grande, una compañía discográfica puede ser también activa en una región. La distribución de música o de vídeos es también local o regional. Supongamos también que el sistema de *copyright* todavía no existe en tales situaciones. ¿Qué tipo de contratos son los habituales entre artistas y productores que pueden encontrarse en diferentes sociedades? ¿Existe algún tipo contrato general? ¿Se proporciona a los artistas unos ingresos o, principalmente, se les proporciona la promoción que luego puede generar actuaciones? ¿Cuáles son las condiciones óptimas en situaciones específicas en las que se encuentran contentos tanto los artistas como los productores y los distribuidores?

¿Qué sucede cuando un artista considera que ha sido tratado incorrectamente? ¿Le proporcionaría una posición más sólida un sistema de *copyright* bien

regulado? ¿Cuándo se plantea la exigencia de que otro artista deba abstenerse de utilizar, por ejemplo, una cierta melodía? Desde una perspectiva occidental, nos inclinaríamos a pensar que los derechos de propiedad intelectual realmente ayudan a los artistas. No obstante, existen diversas razones para dudar de ello. El Estado debería ser lo suficientemente fuerte como para proporcionar legitimidad a las sociedades recaudadoras y apoyar sus operaciones prácticas con un sistema eficaz de sanciones. No ocurre esto en todas partes. Además, en Occidente existe la idea de que puede indicarse fácilmente quién es el creador o el intérprete, y esta distinción es el componente básico en el actual sistema de *copyright*. En la mayoría de las culturas no existe tal distinción. En tercer lugar, en Occidente la mayoría de los artistas no obtiene beneficios de la existencia de un sistema de *copyright*; sólo una ínfima minoría obtiene unos ingresos sustanciales de este sistema de derechos. ¿Por qué habría de ser esto distinto en partes del mundo donde este sistema se ha introducido recientemente? En cuarto lugar, la práctica actual del *copyright* privatiza muy agresivamente terrenos completos de creatividad y desarrollo de conocimientos. Esto supone una desventaja para los futuros procesos de creación y representación de los artistas.

Considerando todos estos hechos, cabe preguntarse si los artistas no consiguen mejorar su posición económica cuando negocian directamente con productores y distribuidores, y cuándo, en caso necesario, se asocian en organizaciones gremiales para establecer convenios generales. ¿Existen ejemplos de mejores prácticas que indiquen cómo puede alcanzarse un equilibrio satisfactorio entre las necesidades de los artistas y el interés público, evitando a la vez la introducción del sistema de *copyright* que, aparentemente, tiene más desventajas que ventajas?

d. *Compositores, escritores*

Parece que hasta ahora sólo nos hemos estado refiriendo a los artistas escénicos. Pero muchos otros juegan también su papel en la realización de obras de arte. Es un hecho que en la mayoría de las culturas la distinción entre, por ejemplo, compositores e intérpretes no existe en forma tan rígida como se presupone en Occidente. Aparte de esto, por ejemplo, el ritmo y la danza tienen sus propios creadores o sus propias fuentes de creación. La realización de una obra cultural en la mayoría de los casos no se organiza cómodamente como si solamente hubiera creadores e intérpretes. Además, también el público contribuye activamente a lo que puede denominarse en un cierto momento «la» obra artística que, no obstante, puede ser diferente al día siguiente.

No sabemos mucho acerca de las relaciones económicas entre las muchas personas implicadas en los procesos de creación y representación cultural que son, además, procesos fluidos y cambiantes. ¿Qué tipos de pagos mutuos

realizan? ¿Qué papel juegan los intermediarios? ¿Controlan los activos financieros que sostienen todo el proceso? ¿Qué cambios caracterizan los procesos de transformación acaecidos en las últimas décadas? Es relevante comprender estas cuestiones que pueden variar enormemente de una cultura a otra. Después de todo, podría suceder que la segmentación de las diferentes fases entre la idea y la obra artística final pueda tener serias consecuencias. Una de estas consecuencias puede ser el empeoramiento de la posición económica de distintos grupos de artistas.

e. *Turistas y etnomusicólogos*

Llega el autobús y los turistas prestan su atención a la actuación que consideran exótica o, al menos, a la que su agente de viajes hace publicidad de esta tierra de ensueño, sin proporcionar el contexto que habría motivado cierto respeto. Cámaras y pequeñas grabadoras son las herramientas para registrar la fascinante música, danza o imágenes. Hay tarjetas postales en venta, que tal vez erotizan la cultura local. Este fenómeno motiva diversas reflexiones. Primero, es indiscutible que el fotógrafo y la persona que registra están tomando algo más que una simple imagen o un sonido. En Occidente se cree firmemente que existe un cordón sanitario entre, por ejemplo, suceso y fotografía o entre cantante y grabación. Esta creencia ayuda a no tener objeciones morales mientras se infringe la esfera personal o cultural de otras personas. No obstante, en muchas culturas no existe tal distinción entre imagen y realidad. La imagen es la persona y la grabación *no puede* distinguirse de la voz real. Ambas son la misma cosa. Probablemente esta convicción contiene una gran parte de verdad. Existe un vínculo entre, por ejemplo, un intérprete y la imagen. Tomar una foto significa tomar algo de alguien. ¿Quién tiene derecho a hacer esto si el vínculo es tan cercano?

Es interesante señalar que esta idea ha sido traducida por Hegel en lo que hoy en día denominamos el aspecto de los derechos morales del *copyright*. Hegel argumenta que la obra de un artista forma parte de su alma, y que, por tanto, nadie más debería tener derecho a cambiar esta obra del alma. Pertenece al individuo. No obstante, esto es por supuesto un concepto demasiado romántico de los procesos de creación. Ninguna persona crea nunca a partir de la nada. No existe ningún poema sin un poema anterior. Todo creador e intérprete utiliza el legado cultural y le añade algo. Este añadido (por hermoso que pueda ser) no puede ser un argumento para dar al artista un derecho de propiedad exclusiva y monopolista durante décadas sobre una creación que se basa en realidad en la obra de otros muchos artistas anteriores, del pasado e incluso del mismo ayer.

En la mayoría de las sociedades, esta idea de una propiedad individual sobre una creación o una representación no existe. Las creaciones y representacio-

nes artísticas son compartidas. Para esta cualidad específica de la obra el concepto occidental de propiedad no es adecuado, porque esto sugiere la existencia de una estricta frontera entre quien tiene derecho a la propiedad y quien es excluido de ella. La realidad en la mayoría de las culturas es la mayoría de las veces fluida y no guarda relación con estas rígidas formas de exclusión. Por otra parte, es más importante reconocer que una imagen o una grabación de una obra *no* es diferente de la realidad y que constituye una vulneración realizar una foto o una grabación sin haber obtenido el consentimiento para ello. Esta observación tiene una importante consecuencia. El concepto de respeto es aparentemente más importante que el concepto de propiedad. Apoderarse de la expresión más profunda de alguien no debería hacerse; es una falta de respeto, una vulneración. Esto supone un nivel superior de relación con culturas que no son la propia, en comparación con lo que el superficial concepto occidental de la propiedad nos ofrece para este tipo de situaciones.

Además de esta reflexión filosófica, existe también una realidad material. Si los pueblos de otras culturas consienten que su obra sea grabada o inmortalizada en imágenes, tienen, por supuesto, derecho a una remuneración adecuada. Esto plantea dos interrogantes. ¿Quién en la comunidad tiene derecho, y cómo debe efectuarse el pago? Sería un paso adelante si se recopilaran ejemplos de mejores prácticas que tuvieran en consideración estos temas.

Lo comentado hasta ahora guarda relación no solamente con los turistas, sino también, por ejemplo, con los etnomusicólogos que recopilan sonidos e imágenes en todas las distintas partes del mundo. Si ellos pueden obtener dinero con estos materiales, sería al menos razonable que las comunidades donde tienen su origen se beneficiaran también. Una relación prudente requiere establecer algún tipo de acuerdo sobre uso y pago, ahora o en el futuro. Como se ha dicho antes, las sociedades recaudadoras occidentales no están en condiciones de jugar el papel de intermediario. El acuerdo debería tener un carácter más directo.

f. *Piratería*

Es importante comprender que no puede existir piratería en sociedades donde no existe la apropiación individual en forma de *copyright*. ¿Por qué no? Todos los miembros de la comunidad tienen, obviamente, el derecho de utilizar y adaptar todas las obras del pasado y del presente creativamente. Si la propiedad individual no tiene vigencia, entonces tampoco puede ser robada. Por tanto, en la mayoría de las culturas no occidentales la piratería es un fenómeno desconocido, al menos hasta hace poco. Las culturas se han caracterizado por sus permanentes procesos de adaptaciones creativas. De lo contrario tales culturas no existirían.

g. *Degradación de la vida artística local*

Por otra parte, la palabra piratería ocupa un lugar prioritario en numerosas culturas no occidentales. Esto tiene que ver, principalmente, con la piratería de las estrellas occidentales y a veces la piratería de la obra de artistas locales extremadamente populares. Es cierto que esta forma de piratería hace que los productos culturales occidentales sean inmensamente populares en numerosos países pobres. Hay quienes incluso argumentan que, por ejemplo, distrae la atención pública respecto de la música de creación local y la hace menos importante a los ojos de diversas capas de la población.

¿Constituye esto una inesperada forma de imperialismo cultural? Suena exagerado, pero veamos lo que sucede realmente. En China, por ejemplo, inmensos cargamentos de excedentes de CD de las cinco grandes compañías discográficas mundiales entran ilegalmente en el mercado. Esta importación, llamada en chino *dakos*, tiene dos características notables. Primero, el mercado es inundado muy rápidamente por estas importaciones ilegales. ¡Es improbable que las discográficas tengan inmediatamente excedentes de las estrellas más vendidas! Segundo, en el borde de los discos se ha realizado un corte. La intencionalidad de este corte es dejarlos inutilizables, ¡pero eso solamente sucede en un pequeño fragmento de música del disco!

Si hay excedentes, ¿no sería más eficaz cortarlos en varios pedazos? Uno podría llegar a pensar que las industrias culturales están interesadas en promocionar a sus artistas en partes del mundo donde la gente no tiene dinero para comprar los discos a sus precios normales. Además, todo lo que está prohibido (comprar CD piratas, en este caso) es deseable. Corre el rumor de que las propias discográficas distribuyen a la vez los CD legales y las copias piratas baratas de la obra de sus artistas. Por supuesto, no toda la piratería tiene su origen en las grandes discográficas. Hay también numerosos empresarios y políticos que obtienen grandes beneficios de algo que es ilegal, como en este caso la piratería.

¿Qué sucedería con la piratería si el actual sistema de *copyright* fuera abolido, como vengo proponiendo, y reemplazado por un derecho de propiedad limitada? Sólo hay una respuesta posible: la piratería resultaría menos atractiva. ¿Por qué? Si la obra artística es desde su lanzamiento muy popular, propongo que vuelva o que debe volver al dominio público porque el título de propiedad debe ser lo más restringido posible con dos propósitos: proporcionar a los artistas y a sus intermediarios directos unos ingresos, y respetar el dominio público de conocimiento y creatividad, y permitir que sea lo más grande posible. De este modo, si la obra de una estrella vuelve al dominio público poco después de su publicación, todo el mundo puede sentirse libre para copiarlo. Deja de ser una actividad ilegal.

Los piratas ganan su dinero haciendo algo que está prohibido, asumen un riesgo financiero y jurídico, y tienen la esperanza y la expectativa de ocupar una posición más o menos única, exclusiva, en el mercado de los productos ilegales. Si todo el mundo puede copiar, es el fin de la exclusividad de los piratas. En tal caso no resulta rentable, o en todo caso resulta menos rentable el esfuerzo de seguir pirateando. El mercado abierto expulsa a los piratas. Culturalmente esto podría tener un interesante efecto lateral. Si hubiera menos piratería, cabría esperar que las estrellas occidentales inundaran menos los mercados locales en los países no occidentales.

El ámbito mundial

a. Conglomerados culturales occidentales

En el actual proceso de mundialización vemos que las grandes empresas culturales occidentales, o sus sucursales, comienzan a utilizar material artístico procedente de culturas no occidentales a gran escala. Podría argumentarse que este es el tipo de adaptación creativa que debería estimularse, como he argumentado anteriormente. Cualquiera debería tener derecho a realizar cambios creativos, incluso menores, en una obra, tal y como se toleraba e incluso se fomentaba en todas las culturas, en todas las partes del mundo. ¿Significa esto que tales formas de adaptaciones creativas industriales no tienen aspectos problemáticos? Yo no diría eso.

El principal problema es que las grandes empresas culturales occidentales se aprovechan de la obra procedente de culturas no occidentales a la vez que controlan los mercados culturales en todo el mundo. Determinan el carácter, el ámbito y los ambientes en los que la obra va a presentarse. Esto ya no es el tipo normal de adaptación creativa que tiene lugar en un ciclo permanente de adiciones, cambios y dinámicas culturales dentro de una comunidad. No obstante, esto debería explicarse de la siguiente manera: una vez que nosotros —las grandes industrias culturales— nos apoderamos de la obra mediante la propiedad de su *copyright*, ninguna adaptación creativa tendrá lugar ya nunca más, a menos que nosotros —las grandes empresas culturales— decidamos qué puede o va a suceder, y, además, sólo bajo nuestras condiciones. De hecho, esto significa que el conglomerado cultural es el único que decide lo que será la obra de ahora en adelante. Esto es totalmente opuesto a la práctica de todas las culturas consistente en que las adaptaciones creativas eran el objeto de disputas y disfrute en el seno de una comunidad en la que nadie podía decir: esta obra y todas sus posibles adaptaciones me pertenecen para siempre. Otro problema añadido es que las industrias culturales no son por definición respetuosas con la obra que adaptan.

Mediante la propiedad del *copyright*, la adaptación creativa termina con el conglomerado cultural que se ha apropiado del material artístico procedente de los países no occidentales. El *copyright* es la alabrada legal que provoca la fase final de la adaptación creativa. Además, el precio de las obras que las industrias culturales han adaptado y sometido a *copyright* es astronómico en comparación con lo que cuesta y produce en las culturas locales no occidentales. Ésta es una discrepancia demasiado grande como para ser justificable.

b. *Una remuneración justa*

Una preocupación importante seguirá siendo la de que los artistas obtengan una justa remuneración si su obra ha sido utilizada en contextos geográficamente muy lejanos. Ocurre que la obra de artistas de países no occidentales emerge en expresiones publicitarias occidentales o ha sido utilizada de otro modo, con total desconocimiento por parte del artista. Lo mismo sucede cuando, por ejemplo, los etnomusicólogos occidentales utilizan materiales artísticos que han recopilado en otras partes del mundo. Un primer interrogante se refiere, por supuesto, a la amplitud del fenómeno. Ni que decir tiene que el artista debería ser pagado por su uso sobre la base del derecho de propiedad limitada que posee, como ya he argumentado antes.

¿Cómo garantizar y organizar esto, a sabiendas, a la vez, de que el actual sistema de *copyright* no les sirve? Por el momento, sólo puedo imaginar que las distintas categorías de usuarios puedan establecer un código de conducta, facilitado por sus organizaciones sectoriales. Cabe pensar en agentes de viajes, compañías discográficas y editoriales, diseñadores y agencias de publicidad. Mediante este código, los usuarios de materiales artísticos originados en países no occidentales se comprometen a transferir pagos a las comunidades implicadas o a artistas individuales. En la mayoría de los casos podría resultar difícil localizar la fuente de una obra artística. En tal caso, los usuarios se comprometen a notificarlo a una ONG que tenga buenos contactos culturales con los países no occidentales. Estas organizaciones intentarían localizar la fuente de la obra en cuestión mediante indagaciones en sus redes y contactos. Actuarían como intermediarios en la transferencia de dinero. Si no es posible encontrar la fuente, los usuarios contribuyen con una donación a los fondos de ayuda al desarrollo cultural en países no occidentales.

c. *Contratos*

Cada vez más artistas de países no occidentales obtienen contratos con una de las cinco grandes discográficas de ámbito mundial o con sus sellos filiales. Si la obra se va a distribuir sólo en su propio mercado local o regional se plantearán los mismos interrogantes ya mencionados en el punto A.3 con respecto a la relación entre los artistas locales y las discográficas de ámbito local.

El contrato que convierte a un artista de un país no occidental en una «estrella» con distribución mundial no será muy diferente del de su homólogo de la parte occidental del mundo, incluidos todos los problemas y objeciones que son inherentes al sistema del estrellato. No debe olvidarse, no obstante, que la posición negociadora de un artista de África, Asia, América Latina o de uno de los países árabes es más débil que la de los artistas de países occidentales.

Lo que corresponde también es que la (futura) «estrella» se ciña a todos los procedimientos resultantes del hecho de estar bajo contrato con una compañía discográfica multinacional: la música será pulida interminablemente; los conciertos y giras tienen como único propósito promover un nuevo disco; y todo lo que sea espontáneo deberá desaparecer del horizonte. No obstante, esto podría afectar a la obra artística de un artista no occidental más que a una «estrella» anglosajona. Su ritmo y su tonalidad seguirán siendo más o menos los mismos que eran en el bar local donde actuaban antes. Se pulirá algo más; esto puede gustarnos más o menos. Escuchemos ahora la música de un músico no occidental; debería seguir sonando exótica. No obstante, los cambios podrían ser más fundamentales con el fin de adaptarla al oído occidental (o lo que se supone que es tal cosa).

Es asombroso que no exista prácticamente ninguna investigación sobre lo que ocurre con la música de los artistas no occidentales cuando están en las manos de los productores de las grandes empresas culturales. No se trata de una cuestión nostálgica. Si los musicólogos investigan qué tipos de influencias han penetrado en la obra de, por ejemplo, Bach, ¿por qué están ausentes cuando el tema concierne a los grandes procesos de transformación que tienen lugar en el momento en que la música procedente del mundo árabe, África, América Latina o Asia es adaptada a un mercado mundial? No debería ser difícil investigar estos tipos de intervenciones. Por ejemplo, hay artistas de las regiones no occidentales del mundo que tienen dos tipos de repertorio: lo que interpretan en sus países y lo que presentan como «estrellas» al mercado mundial. La comparación puede hacerse muy fácilmente. La investigación puede centrarse también en lo que es habitual en el país o región del propio artista, y el sonido y la apariencia de su obra en el contexto mundial. Es extraño y lamentable que tales formas de análisis no mantengan ocupados a los (etno)musicólogos.

d. *Pequeñas distribuidoras discográficas de países no occidentales*

Hace unos treinta años se inició el proceso por el que la música —y, por supuesto, también el teatro y las artes visuales— procedente de países no occidentales, atrajo el interés de la gente en Occidente. Uno de los factores que ha favorecido este crecimiento es el hecho de que algunos aficionados pusieran en marcha pequeñas compañías discográficas. Su objetivo era, y es,

hacer esas grabaciones cualitativamente tan buenas como fuera posible; respetar la obra de los artistas sin situarlos en contextos que perjudiquen a sus verdaderas intenciones; y pagarles de la manera más justa y directa posible (sin perder dinero en transferencias bancarias, por ejemplo).

Económicamente, se trata de una tarea fascinante que culturalmente debería ser muy valorada. He planteado aquí que nuestro sistema de *copyright* debería ser reemplazado por un derecho de propiedad limitada. En el caso de esas pequeñas compañías discográficas está claro que necesitan un largo periodo para recuperar sus gastos y obtener algún beneficio. Por tanto, es comprensible que el periodo de propiedad para ellos pudiera ser, por ejemplo, de diez años.

e. *Actuaciones en países occidentales*

El número de salas de conciertos (más pequeñas y más grandes) donde actúan los artistas de países no occidentales ha aumentado considerablemente durante las últimas décadas. ¿Qué relación tiene esto con el *copyright*? Ya he comentado que las sociedades recaudadoras no son las organizaciones adecuadas para garantizar que los artistas de las regiones no occidentales del mundo reciban su dinero. Es mejor pagarles lo más directamente posible. Éste es el único modo de garantizar que el dinero no se pierda por el camino. No obstante, debe plantearse el tema de si todas las personas que contribuyeron a la creación y a la representación han sido remuneradas de manera justa. En caso de existir, por ejemplo, un compositor, cabe preguntarse si ha sido o si será pagado por los artistas intérpretes y cómo.

f. *El dominio público*

Cada vez es más aceptado que el dominio público de creatividad y conocimiento está pagando un elevado precio por la actual privatización cultural. De vez en cuando surge la idea de que debería desarrollarse algo similar a un sistema de *copyright* colectivo para los conocimientos tradicionales y para el folclore. Esto suena razonable, pero no es realista, como antes se ha explicado, por diversas razones.

En primer lugar, parece existir la idea de que aquello que es muy viejo puede ser protegido de privatizaciones demasiado agresivas, pero la dinámica cultural de las regiones más pobres del mundo puede convertirlas en víctimas de las privatizaciones. En segundo lugar, no existe una voluntad política que conceda un amplio espacio al reconocimiento del dominio público colectivo. El programa neoliberal no ofrece nada parecido al respeto hacia la comunidad, a pesar de algunas frases vacías en la *Declaración de Doha* de la OMC en el sentido de que debería desarrollarse algo similar a un *copyright* colectivo. ¿Por qué de pronto habría de incluirse el respeto hacia la comunidad en el programa político, cuando los intereses culturales de los países del Tercer

Mundo están en juego? No hay motivos para pensar que el mundo occidental va a realizar esfuerzos serios por hacer algo que va en contra de sus intereses, a saber, aprovechar lo más posible el conocimiento y la creatividad procedente de los países no occidentales. En tercer lugar, los derechos de propiedad intelectual se han construido en torno a la filosofía de la apropiación individual. El sistema de *copyright* se centra en derechos de propiedad exclusivos, monopolistas y de larga duración. El concepto de una propiedad colectiva que sea al mismo tiempo fluida no encaja con este rígido individualismo jurídico.

Los principios básicos y la práctica del sistema de *copyright* son objeto de controversia en Occidente. No es de extrañar que muchas personas de países no occidentales pongan este sistema todavía más en duda. No se concilia con las filosofías que impregnan sus culturas. En este análisis general he intentado poner algo de orden en la problemática mediante su categorización. Pero se requieren muchas más investigaciones y muchos más debates para llegar a comprender lo que realmente está en juego. Además, debería ser posible elaborar una filosofía adecuada que combine los derechos de los artistas para ganarse el sustento; que estimule la adaptación creativa; que reconozca que mucho conocimiento y mucha creatividad pertenecen a la comunidad; y que respete el dominio público. Una tercera tarea sería trasladar todo esto a un sistema suficientemente adecuado que reemplazara al actual y anticuado sistema de *copyright*.

Referencias bibliográficas

- BETTIG, R. V.: *Copyrighting Culture. The Political Economy of Intellectual Property*, Westview Press, Boulder, 1996.
- BLAKENEY, M.: «Protecting the Cultural Expressions of Indigenous Peoples under the Intellectual property Law. The Australian Experience», en GROSHEIDE, W. y BRINKHOF, J. (eds.): *Intellectual Property Law. Articles on Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*, Intersentia, Amberes, 2002, págs. 151-180.
- BOYLE, J.: *Shamans, Software, and Spleens. Law and the Construction of the Information Society*, Harvard University Press, Cambridge MA / Londres, 1996.
- CHOMSKY, N.: «Notes on Nafta», en DAWKINS, K.: *Nafta. The New Rules of Corporate Conquest*, Open Magazine, Pamphlet Series, Westfield (New Jersey), 1993, págs. 1-6.
- COLLINS, J.: «The Problem of Oral Copyright. The Case of Ghana», en FRITH, S. (ed.): *Music and Copyright*, Edinburgh University Press, Edinburgo, 1993, págs. 146-158.
- COOMBE, R. J.: *The Cultural Life of Intellectual Properties. Authorship, Appropriation, and the Law*, Duke University Press, Durham / Londres, 1998.
- CORREA, C. M.: *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries*.

- The TRIPS Agreement and Policy Options*, Zed Books / Third World Network, Londres / Penang, 2000.
- DAOUDI, B. y MILIANI, H.: *L'aventure du raï. Musique et société*, Éditions du Seuil, Paris, 1996.
- DUTFIELD, G.: «Traditional Knowledge and Folklore», en GROSHEIDE, W. y BRINKHOF, J. (eds.): *Intellectual Property Law. Articles on Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*, Intersentia, Amberes, 2002, págs. 63-99.
- FRITH, S. (ed.): *Music and Copyright*, Edinburgh University Press, Edinburgo, 1993.
- FROW, J.: «Information as Gift and Commodity», en *New Left Review*, núm. 219, Londres, 1996; pp. 89-108.
- GROSHEIDE, W. y BRINKHOF, J. (eds.): *Intellectual Property Law. Articles on Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*, Intersentia, Amberes, 2002.
- LITMAN, J.: *Digital Copyright*, Nueva York/Prometeus Books, Amherst, 2001.
- MACMILLAN, F.: «Copyright and Corporate Power», en TOWSE, R. (ed.): *Copyright in the Cultural Industries*, Edward Elgar, Cheltenham / Northampton, MA, 2002; 99-118.
- MALM, K.: *Copyright and the Protection of Intellectual Property in Traditional Music*, Music, Media, Multiculture, Musikaliska Akademien, Estocolmo, 1998.
- McCHESNEY, R. W.: *Rich Media, Poor Democracy. Communication Politics in Dubious Times*, University of Illinois Press, Urbana / Chicago, 1999.
- MEDIACULT: *Musik und Globalisierung*, Mediacult, Viena, 2000.
- MITSUI, T.: «Copyright and Music in Japan. A Forced Grafting and its Consequences», en FRITH, S. (ed.): *Music and Copyright*, Edinburgh University Press, Edinburgo, 1993.
- NEWTON, K. M.: *Twentieth-Century Literary Theory. A Reader*, Macmillan, Londres, 1988.
- NYERERE, J. K. (chairman): *The Challenge to the South. The Report of the South Commission*, Oxford University Press, Oxford, 1990.
- PÉREZ de CUELLAR, J.: *Our Creative Diversity. Report of the World Commission on Culture and Development*, Unesco Publishing, Paris, 1996.
- RIFKIN, J.: *The Age of Access. The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life is a Paid-for Experience*, Jeremy P. Tarcher / Putnam, Nueva York, 2000.
- SAID, E. W.: *Culture and Imperialism*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1993.
- SHIVA, V.: *Protect or Plunder? Understanding Intellectual Property Rights*, Zed Books, Londres, 2001.
- SHOHAT, E. y STAM, R.: *Unthinking Eurocentrism. Multiculturalism and the Media*, Routledge, Londres / Nueva York, 1994.
- SHULMAN, S.: *Owning the Future*, Houghton Mifflin Company, Nueva York, 1999.
- SMIERS, J.: *État des lieux de la création en Europe. Le tissu culturel déchiré*, L'Harmattan, Paris, 1998.
- «The Abolition of Copyrights: Better for Artists, Third World Countries and the Public Domain», en TOWSE, R. (ed.): *Copyright in the Cultural Industries*, Edward Elgar, Cheltenham / Northampton, MA, 2002, págs. 119-139.
- *Arts Under Pressure. Promoting Cultural Diversity in the Age of Globalization*, Zed Books, Londres, 2003.
- STRÖTER-BENDER, J.: *L'art contemporain dans les pays du Tiers-monde*, L'Harmattan, Paris, 1995.

- TOWSE, R. (ed.): *Copyright in the Cultural Industries*, Edward Elgar, Cheltenham / Northampton, MA, 2002.
- UNESCO-WIPO: *Unesco-Wipo World Forum on the Protection of Folklore*, Phuket, Tailandia, 8-10.04.1997, UNESCO, París, 1998.
- WENDLAND, W.: «Intellectual Property and the Protection of Cultural Expressions. The Work of the World Intellectual Property Organization (WIPO)», en GROSHEIDE, W. y BRINKHOF, J. (eds.): *Intellectual Property Law. Articles on Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*, Intersentia, Amberes, 2002, págs. 102-138.

**Las ideas cercadas:
El confinamiento y la desaparición
del dominio público**

JAMES BOYLE

La ley encierra al hombre o mujer
Que sustrae un ganso del comunal
Pero deja suelto al gran truhán
Quien al ganso roba del comunal.
La ley exige que expiemos
Cuando aquello que no nos pertenece tomamos
Pero no molesta al gran señor ni señora
Cuando lo que es nuestro usurpan.
Pobres y miserables no escapan
Si conspiran la ley quebrantar;
Siendo esto así, sobrellevan
A los que conspiran la ley hacer.
La ley encierra al hombre o mujer
Que sustrae un ganso del comunal
Y los gansos del comunal carecerán
Hasta no recobrarlo al hurtar.

ANÓNIMO

Este poema es una de las condenas más contundentes sobre el movimiento de los cercados, el proceso de encerrar las tierras comunales convirtiéndolas en propiedad privada. (Aunque hablamos «del movimiento de los cercados», realmente fueron varios los que ocurrieron en el siglo XV, continuando, hasta el siglo XIX, usando una variedad de medios, métodos y participación del Esta-

do para alcanzar el objetivo) En unas cuantas líneas el poema logra criticar las dobles medidas, exponer la naturaleza artificial y controvertida de los derechos de propiedad, y bofetear la legitimidad del poder del Estado. Además, lo hace con sentido del humor, sin jerga, y en verso. Los académicos (incluyéndome) debemos poner atención.

Para afirmar su postura, Sir Tomás Moro dio un paso más, y usando ovejas en vez de gansos, argumentó que el cercado no sólo era injusto por sí mismo, sino dañino por sus consecuencias, siendo la causa de la inequidad económica, la delincuencia y la dislocación social:

Sus ovejas, que solían ser tan mansas y dóciles, de tan escaso apetito, ahora, he escuchado decir, se han convertido en grandes devoradoras y fieras, alimentándose del hombre mismo. Consumen, arrasan y devoran campos, casas y ciudades enteras. Sólo hay que ver en qué parte del reino se da la lana más fina, y por ende, la más deseada, para entender que los nobles y caballeros... justo ahí no dejarán tierra alguna para el arado, encerrando todo en pastizales. Derrumban casas y arrancan pueblos sin tolerar que nada quede de pie más que la iglesia para convertirla en un cobertizo... Por ello, ese codicioso e insaciable cormorán, la plaga misma de su país natal, puede aislar y encerrar muchos cientos de acres de suelo dentro de un con-fín o seto, lanzando a los labradores fuera de lo suyo.

El movimiento de los cercados sigue acaparando nuestra atención. Nos ofrece irresistibles ironías sobre el «respeto de la propiedad» y las lecciones sobre el papel que juega el Estado en las decisiones controvertidas, mismas que están repletas de política y que se usan para definir los derechos de propiedad de manera que, subsecuentemente, se entenderán al ser tanto naturales como neutras, sin duda una espada de doble filo.

Al seguir los pasos de Tomás Moro, vemos que hace tiempo los críticos nos vienen diciendo que el movimiento de los cercados impuso devastadores costos en un segmento de la sociedad. Algunos, brutal y despiadadamente «importantes» como la conversión de campesinos y terratenientes en peones, obreros con salarios de temporada, o simplemente, como dice Moro en su Utopía, en pordioseros y ladrones. Pero fue más difícil clasificar otros daños como la pérdida de un estilo de vida, y el despiadado poder de la lógica del mercado para emigrar hacia lugares nuevos, perturbando las relaciones sociales tradicionales, la concepción del ser, y hasta la relación del ser humano con el medio ambiente.

Un importante grupo de historiadores económicos discrepa con lo anterior. A juicio de ellos, los críticos de los cercados cayeron presos en la peor forma

del sentimentalismo, volviendo romántica una forma de vida que ni era cómoda ni noble, y mucho menos igualitaria.

Desde el punto de vista de un economista, el dato más significativo sobre el movimiento de los cercados es que funcionó: este régimen nuevo de propiedad permitió la expansión de posibilidades productivas. Al transferir la tierra común, ineficientemente administrada, a manos de un sólo propietario, el confinamiento apartó el exceso de uso de las tierras comunales, denominado oportunamente como «tragedia». También creó los incentivos para la inversión a gran escala, permitió el control de la explotación y, en general, aseguró que los recursos se emplearan sin desperdicio. Para incrementar el rendimiento de su extensión, el señor feudal sólo invertía en el drenaje, las ovejas y en la rotación de las cosechas por saberse dueño supremo del fruto de su trabajo.

Los firmes fuertes derechos de la propiedad privada ayudaron a evitar la tragedia del exceso de uso y de la infrautilización. Como resultado del movimiento de los cercados fallecieron menos ingleses de hambre ya que se plantaron más granos y criaron más corderos. Si las consecuencias de alcanzar esta ganancia social fueron concentrar el poder económico en manos de unos cuantos y expoliar del medio ambiente, entonces que así sea. Aquellos que lamentan los terribles efectos de la propiedad privada deberían notar que, gracias a este acto, literalmente se salvaron vidas.

Este debate rebasa el mero interés anticuario de participar en un nuevo estilo de movimiento de los cercados dirigido a la explotación de una clase nueva e intangible de comunes; llamémoslo «los comunes de la mente» (the commons of the mind). De nuevo, las cosas que se creían ser uncommodifiable (que no se pueden convertir en artículos de mercancía), aquello que esencialmente era común o quedaba fuera del mercado, se están privatizando conforme un nuevo régimen de propiedad. Sin embargo, esta vez la propiedad en cuestión es intangible, manifestándose en bases de datos, métodos de negocios y secuencias genéticas.

Tomemos al genoma humano como ejemplo. Los opositores al «cercamiento» dicen que el genoma «es de todos», es literalmente «la herencia común de la humanidad». Dicen que el código de la vida no debería pertenecerle a un sólo individuo o empresa, y en cierto sentido, tampoco debería ser de propiedad única. Cada vez que las células madre y secuencias genéticas han recibido patentes, los críticos no pueden más que reflexionar secretamente sobre la forma en la que el Estado entrega el poder monopólico a los particulares, frustrando con ello la futura investigación e innovación. Los nombres que ostentan los monopolistas nuevos son Geron, Celera y Human Genome

Sciences, y su participación aparece en forma de carteras de patentes, no de pozos petroleros o fundidoras.

Contiguo a los informes sobre los beneficiarios del nuevo esquema de la propiedad, abundan las noticias de los que no son tan afortunados, los plebeyos del confinamiento genético. Ahora, los textos que leen los estudiantes de derecho en los Estados Unidos incluyen el caso del Tribunal Supremo del Estado de California, *Moore vs. Regents*, fallado en contra del Sr. Moore. El tribunal argumentó que el Sr. Moore no tiene derechos de propiedad sobre la línea celular proveniente de su bazo. El tribunal decidió que otorgar derechos de propiedad a las «fuentes» obstaculizaría la colaboración entre científicos que desean usar las líneas celulares. Al leer el fallo, uno se puede casi imaginar que en los refrigeradores de unicel viaja de un lado al otro del país, vía *Federal Express*, un intercambio altruista y orgánico de piel. Sin embargo, el temor de los efectos perniciosos de los derechos de propiedad no duró mucho. En otra parte del fallo, el tribunal habla, en términos aprobatorios, de la patente otorgada a los médicos, cuyo genio inventivo los llevó a crear una línea celular de miles de millones de dólares del «material en bruto que produce naturalmente» el Sr. Moore. Al igual que los plebeyos, el Sr. Moore ve cómo sus reclamos naturalistas y tradicionales de propiedad se evidencian como impedimentos a la innovación. Al igual que los beneficiarios del confinamiento, los médicos recibieron el derecho de propiedad que alentará el desarrollo eficiente de un recurso desperdiciado.

Al igual que con el primer movimiento de cercamiento, el segundo también goza de defensores. Indudablemente la respuesta a la pregunta, «¿debe patentarse los genes humanos?», será «la propiedad privada salva vidas». Sólo al extenderse el alcance de los derechos de propiedad el Estado podrá garantizar la inversión de tiempo, ingeniosidad y capital necesario para elaborar nuevos medicamentos y terapias por genes. Estos derechos son los requeridos para incentivar la investigación, dicen los que pugnan en pro de estos derechos, y los economistas no tendrán más que preocuparse de su asignación eficiente.

El genoma no es lo único que ha sufrido un cercamiento parcial en esta última década. En años recientes, los derechos de propiedad intelectual se han expandido dramáticamente en muchos campos del empeño humano. Desde patentes sobre los métodos de negocios hasta la Ley de Derechos de Autor de Digital Millennium, desde los fallos contra la dilución de las marcas comerciales hasta la Directiva europea sobre protección de bases de datos.

En 1918, el jurista estadounidense Louis Brandeis confiadamente dijo que, «el estado general de derecho es que lo más noble de las producciones huma-

nas, el conocimiento, las verdades descubiertas, los conceptos y las ideas se vuelven, tras la comunicación voluntaria con otros, libres como el aire para su uso común». Cuando Brandeis hizo ese comentario, los derechos de propiedad intelectual eran la excepción, y no la norma. La noción de que las ideas y los hechos siempre serían del dominio público se aceptaba ampliamente. Pero ahora se ataca ese viejo consenso. Año tras año se desgastan los tradicionales límites sobre el alcance de la propiedad intelectual, muros a prueba de erosión que confinaban el dominio público. El proceso anual de actualizar mi plan de estudios para el curso básico sobre la propiedad intelectual muestra una imagen de lo que está ocurriendo. Nostálgicamente, veo un texto de hace cinco años con su confiada lista de temas que se excluían de derechos de propiedad intelectual y de privilegios que circunscribían los derechos existentes. También incluía el tiempo por transcurrir antes de que una obra perteneciera al dominio público. En cada caso, los viejos límites han sufrido recientes modificaciones o impugnaciones.

Cada día, las patentes se extienden para cubrir las «ideas» que hace veinte años decían los académicos que no eran patentables: patentes de métodos de negocio que abarcan «inventos» de métodos de subasta o contabilidad, como ejemplo obvio.

Lo más irritante proviene de los intentos por introducir derechos de propiedad intelectual en datos de recopilación. Si el derecho de propiedad intelectual angloamericano llegó a tener un artículo de fe, seguramente fue que la recopilación poco original de los datos permanecería en el dominio público. Como dice la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, esto no fue «un mero accidente de un esquema legislativo»: la protección de la materia prima de la ciencia y de la expresión es igual de importante para la siguiente generación de innovación como lo son los derechos de propiedad intelectual mismos. El sistema ofrecería un monopolio limitado sobre un invento u expresión original de ideas, y permanecería fuertemente confinado al estrato de la invención o expresión. No se tocan los datos por debajo de este nivel o las ideas por encima para que cualquiera los pueda desarrollar. Incluso, aquello que se puede proteger con la propiedad intelectual, un medicamento o un poema, se supone pasaría a ser del dominio público, transcurridos cierto número de años. Como dijeron Jefferson y Macaulay, los derechos de propiedad intelectual eran males necesarios. Deben limitarse estrictamente tanto en tiempo como en extensión.

Actualmente, estas tradicionales suposiciones sobre el derecho de propiedad intelectual se están refutando. Algunas impugnaciones son sutiles. Dentro del derecho de patentes, las interpretaciones ampliadas sobre lo novedoso y lo no obvio permiten que los derechos de propiedad intelectual se acerquen

más y más al estrato subyacente de datos; se están convirtiendo las patentes sobre la secuencia genética en derechos sobre un orden descubierto específico de datos —las de la C, G, A y T. Otras son abiertas; la Directiva europea de las bases de datos (y las propuestas de ley en los Estados Unidos sobre las bases de datos) crearían derechos propietarios sobre los datos recopilados, sin las excepciones cuidadosamente enmarcadas del esquema de derechos intelectuales, como lo es la categoría útil proteica de «uso justo».

La anterior estrategia del derecho de propiedad intelectual estaba «trenzada»: se hilaba una delgada capa de derechos de propiedad intelectual alrededor del material común de donde se podrían abastecer los futuros creadores. Ahora, esa delgada capa se está limitando para que el dueño de la propiedad privada pueda tener acceso al material cuando sienta poder cobrar desmedidamente por ella, o simplemente para rehusar el permiso de uso. El disfrute equitativo permite la parodia, el comentario y la crítica, además de autorizar la «des-recopilación» de los programas de cómputo para que los competidores de Microsoft Word puedan hacer la ingeniería reversa de características, asegurándose que los programas conviertan los archivos de Word. (Para los que prefieren las metáforas topográficas, imagínense un patrón entre hilado de tierras públicas y privadas con normas jurídicas que especifican que ciertos lugares como las playas, por decir algo, nunca podrán ser privadas. Acompañen estos fallos con los otorgamientos de derecho de vía pública a través de la propiedad privada, por si llegase a existir el peligro de bloqueo de acceso al comunal).

Desde el comienzo del derecho de propiedad intelectual en el siglo XVIII, y hasta tiempos recientes, en la mayoría de los países el objetivo fundamental de la ley era la protección del dominio público, el común intangible. Ahora, la visión nueva de propiedad intelectual dicta que los derechos de propiedad deberían establecerse en todas partes: entre más mejor. La ampliación de la materia patentable, los derechos de autor, la ampliación del plazo de estos derechos y el otorgamiento de protección jurídica al «alambre digital de púas», sólo pueden entenderse como un voto de falta de confianza en los poderes productivos de la plebe, aunque sea, en parte, para prevenir el uso justo. Parece que estamos trasladándonos de la suposición de Brandeis que dice que «las producciones más nobles del ser humano son tan libres como el aire de uso común», a la suposición que dice que «si se deja libre cualquier producción humana para que otros la usen, habrá ineficiencia, si no es que tragedia».

Hasta el momento, he argumentado que hay profundas similitudes entre el primer movimiento de confinamiento y nuestro concepto ampliado de la propiedad intelectual. Hoy, al igual que en el siglo XV, los proponentes y oponentes del confinamiento mantienen una batalla, lanzándose incommensurables re-

clamos sobre la innovación, eficiencia, valores tradicionales, límites del mercado, la salvación de vidas y la pérdida de libertades familiares. Nuevamente se muestra a la oposición del confinamiento como analfabetas económicos, y los beneficiarios del confinamiento nos dicen que, para alimentar el progreso, deben ampliarse los derechos de propiedad. Ciertamente se invoca el «Consenso de Washington» posterior a la guerra fría, para decir que la lección de la historia misma evidencia que el mercado es lo único que nos queda para crecer y ser eficientes: los derechos de propiedad, seguramente, son el *sine qua non* de los mercados.

Pero si hay similitudes entre los dos movimientos de cercamiento, también hay diferencias cruciales. Los «comunes de la mente» digitalizados e intercomunicados, circa 2002, difieren mucho de los «aislados terrenos comunes en Inglaterra, circa 1400. Estas diferencias son las que nos deberían hacer reflexionar acerca de la necesidad o lo deseable de contar con derechos más fuertes de propiedad intelectual. Por ejemplo, considere el conocido ejemplo del texto digital, un bien que a diferencia de una parcela, lo puede usar un número incontable de personas al mismo tiempo sin interferir o destruir el recurso compartido. A diferencia de los comunes terrestres, los de la mente son los que llaman los economistas «sin rival». El uso múltiple de la tierra se excluye por sí misma, ya que si estoy usando el suelo como pastizal, usted no la puede usar para cultivar. En contraste, una secuencia genética, un archivo MP3 o una imagen son utilizables simultáneamente porque mi uso no interfiere con el suyo. Para simplificar un análisis complicado, esto quiere decir que las depreciaciones por sobreuso que afectan los campos y pesquerías no ocurren con la propiedad intelectual. (Las excepciones son fascinantes, pero en aras de la brevedad, las ignoraré por completo).

Entonces, vemos como una causa de tragedia que generalmente aparece en los comunes terrestres, no se da en los de la mente. El sobreuso no es el problema, pero ¿qué sucede con los incentivos para crear, en primer lugar, los recursos intelectuales? De entrada, la propiedad intelectual, especialmente la de nuestra era digitalizada, da la impresión de ser un problema singular. Hace tiempo que los piratas producen copias no autorizadas de poemas, novelas, tratados y composiciones musicales. En el lenguaje de los economistas, desde años atrás es difícil, si no imposible detener, a una unidad de bien intelectual, de su deseo de satisfacer un número infinito de usuarios, a costos marginales de casi cero. Se antoja irresistible una conclusión familiar: sin la capacidad de proteger sus creaciones contra el hurto, los creadores serán incapaces de ganarse una vida adecuada. No habrá incentivos adecuados para crear. Consiguientemente, necesita entrar la ley y crear un monopolio que llamo derecho de propiedad intelectual.

Este es el argumento estándar a favor de los derechos de propiedad intelectual, aunque recientemente adquirió una dimensión histórica, una teleología de la expansión por el paso del tiempo. Después de todo, hoy más que nunca los piratas en nuestra era digitalizada no sólo copian fácilmente un libro, sino una película, una fotografía, una pieza grabada de música, una fórmula médica, un programa de cómputo y muchas otras cosas. Seguramente la disminución histórica de costos de copiado y transmisión implica una necesidad correspondiente de fortalecer los derechos de propiedad intelectual.

Imagine una línea. En un extremo vemos un monje sentado transcribiendo a duras penas, los Poéticos de Aristóteles. En medio aparece una imprenta de Gutenberg. A tres cuartas partes de este una fotocopiadora, y al otro extremo la Internet. En cada etapa los costos de copiado fueron bajando: el texto de Aristóteles se volvió más accesible y gratuito. Ciertamente hoy está disponible, tanto en griego como en inglés. Entre analistas se dice que el vigor de los derechos de propiedad intelectual debe corresponder inversamente al costo de copiado. El argumento más o menos sugiere que: para tratar con los monjes copiadores, no necesitábamos derechos de propiedad intelectual; bastaba con controlar el manuscrito físico. Para responder a la imprenta de Gutenberg, se aplicó la Ley de Anne (Statute of Anne), pero para enfrentar a la Internet, precisamos usar la Ley de Derechos de Autor de Digital Millennium, la Ley del No Hurto Electrónico, la Ley de Ampliación de Plazo de Derechos de Autor de Sonny Bono, y probablemente hasta la Ley Contra la Piratería de la Colección de Información (Digital Millennium Copyright Act, No Electronic Theft Act, Sonny Bono Copyright Term Extension Act, Collections of Information Anti-Piracy Act). ¿Por qué?, porque al irse acercando los costos de copiado a cero, los derechos necesitan un control casi perfecto. Y si hoy la información aparece como una proporción mayor del valor del producto y del PIB, entonces obviamente tenemos una razón independiente para fortalecer la protección. Un candado de cinco dólares funciona muy bien en un cobertizo, pero no en una bóveda.

Este argumento atractivo, pero engañoso, posee algo de verdad. El Internet reduce efectivamente el costo del copiado y facilita el ilícito. Esta misma tecnología también reduce costos de producción, distribución y publicidad, y aumenta dramáticamente el tamaño del mercado potencial. ¿Es entonces el resultado «neto» de los propietarios del derecho, una pérdida tal que necesitamos aumentar la protección para mantener un nivel constante de incentivos? La respuesta no es tan evidente. Un mercado grande y defectuoso probablemente genere más ingresos que uno pequeño y fuertemente controlado. Es más, las mismas tecnologías que permiten el copiado barato también nos entregan los navegadores rápidos y enciclopédicos, convirtiéndose en el mejor dispositivo jamás inventado para detectar el copiado ilícito. Con las pue-

bas que tenemos es imposible saber si a los dueños del contenido protegido les va mejor o peor, como resultado de la Internet.

Mi intuición, junto con nuestra experiencia histórica con otras tecnologías «peligrosas», a saber, las videograbadoras, sugiere fuertemente que a los titulares de los derechos de autor les va mejor. En todo caso, no existen pruebas para favorecer mi intuición o conclusión de que al bajar los costos de copiado se deben fortalecer los derechos de propiedad intelectual. Más aun, dados los costos estáticos y dinámicos de los monopolios, o la orden judicial constitucional que promueve el avance de la ciencia y artes útiles, la carga de comprobar el valor de extender los derechos debe posar en quienes la piden.

Otro argumento que se ofrece con frecuencia, como defensa al otorgamiento de nuevos derechos de propiedad intelectual, es que la información en los productos que la usan, incorporan o procesan, en una economía global, hoy está creciendo en importancia. Probablemente los comunes de la mente ya necesiten cercarse por ser un sector vital en la actividad económica. Uno de los argumentos del primer movimiento de confinamiento fue la importancia de la agricultura en la economía. Aquí llegamos a otra gran diferencia entre los comunes de la mente y las primeras tierras comunales. Hay autores como Jessica Litman, Pamela Samuelson, y Richard A. Posner, que dicen que los productos de información frecuentemente se hacen de los fragmentos de otros productos de información; la salida informativa de una persona es la entrada de otra. Estos pueden ser partes de un código, descubrimientos, investigación previa, imágenes, géneros de obras, referencias culturales, o bases de datos de un sólo polimorfismo nucleótido que funcionan como materia prima para la invención futura. Y cada aumento factible de protección de estos productos eleva los costos de la materia prima y reduce el acceso para crear productos nuevos.

Es difícil lograr un equilibrio adecuado. Un economista, ganador del premio Nobel, dice que es imposible producir un mercado «informativamente eficiente» (informationally efficient). Sea o no imposible en teoría, en la práctica es un problema difícil. En otras palabras, aunque el cercamiento de las tierras comunes arables siempre generaba ganancias (en sí, sujeto a debate), el cercamiento de los comunes de la información claramente tiene el potencial de lesionar la innovación intelectual. Más derechos de propiedad, aunque se supone ofrecen mayores incentivos, no necesariamente aseguran mayor productividad intelectual. En ocasiones, sucede justo lo contrario.

Hasta el momento mis argumentos han dado por sentada la variedad de problemas a los que ha respondido el régimen moderno de propiedad intelectual. Plantee el grado al que la lógica del cercamiento funciona tanto con los comunes de la mente como con los de las tierras arables, tomando en cuenta los

efectos de una sociedad de información e Internet global. Recuerde que hablo de cercamiento en el sentido de aumentos en los niveles de derechos: proteger el material nuevo más tiempo, criminalizar ciertas tecnologías para que sea ilegal trozar las bardas digitales aunque el efecto sea extinguir las leyes que eran útiles, etcétera.

Lo que todavía no hago es preguntar si el factor bruto de la Internet realmente desajusta las viejas suposiciones, obligándonos a replantear la necesidad de los incentivos, por lo menos en ciertas áreas. Pero esta pregunta no se puede evadir. Para cualquiera interesado en conocer la manera en la que el esfuerzo común genera nuevas redes como método nuevo de producción, sugiero estudie el ejemplar caso del movimiento del software de fuentes abiertas. Este software se libera bajo una serie de licencias, siendo la más importante la Licencia Pública General, LPG. En ella se declara que cualquiera puede copiar el software, siempre y cuando vaya acompañado de la LPG y, el «código de fuente» del software quede disponible en todo momento. Los usuarios pueden aumentar o modificar el código, desarrollarlo más o incorporarlo en sus obras, pero el nuevo programa también queda amparado por la LPG. Hay personas que ven esto como la naturaleza «viral» de la licencia; otras sienten que la palabra es ofensiva. Sin embargo, el punto es diseminar la calidad abierta de la empresa. No es un simple donativo al dominio público de un programa u obra, más bien es un continuo crecimiento del que todos se benefician, so pena de aceptar darle al proyecto comunal las adiciones e innovaciones personales.

El movimiento del software de fuente abierta ha generado software que compite o rebasa las capacidades productivas del software propietario convencional. Su adopción a nivel empresa es impresionante, como lo son los encomios técnicos sobre sus aciertos. Pero es difícil ver el aspecto más sorprendente del movimiento del software de fuente abierta. Funciona como una especie de sistema social: muchos de quienes contribuyen al movimiento son voluntarios escribiendo parte del software sin remuneración directa. Parece que contamos con el clásico código público bueno que se puede copiar libremente y vender o redistribuir sin pagarle al creador o creadores. Los escépticos, claro, se preguntan si este modo de producción es sostenible. Parece que no existen los incentivos adecuados que aseguren la productividad e innovación continua. Como le contestó Galileo al Cardenal Bellarmine, E pur si muove – «Y sin embargo se mueve».

Con todo, no hay consenso sobre el por qué funciona el sistema. Probablemente el movimiento del software de fuente abierta sea una forma contemporánea de fiesta ceremoniosa en donde uno gana prestigio por la extravagancia de los recursos que uno «desperdicia». O quizá sea la manera inteligente

que tiene un joven programador para acumular un currículum que, a la larga, le redituará en un empleo convencional. O tal vez al movimiento lo impulsa lo que Karl Marx consideró ser un aspecto innato de nuestro «ser de especie»: la fuerza de crear que empuja a los seres humanos a trabajar por amor más que por necesidad material.

Yo, como Yochai Benkler y Eben Moglen, creo que tal especulación, aunque interesante, es irrelevante. La explicación que doy del por qué funciona el sistema es la siguiente:

Suponga una distribución aleatoria de estructuras de incentivos en diferentes personas, una red global. También suponga que los costos de transmisión, de reparto y copiado de información se acercan al cero. Y, finalmente suponga un proceso modular de creación. Estas suposiciones hacen que deje de importar conocer la razón por la cuál los escritores de códigos sin remuneración hacen lo que hacen. Lo importante es que existe gente que hará lo que hacen estos escritores. Uno probablemente lo haga por amor a la especie, otro por la esperanza de encontrar un mejor trabajo, y un tercero por la alegría de solucionar los rompecabezas, etcétera. Cada persona también tiene su propio «precio de reserva», el punto en el que dicen, «ahora voy a dejar de ver Superviviente y voy a crear algo». Pero una red global contiene mucha gente, y cuando las cifras son tan grandes y los gastos administrativos de la información tan pocos, hasta los proyectos relativamente difíciles atraen un número suficiente de gente motivada y capacitada para continuar el proceso creativo. Para que funcione toda la estructura sin una coordinación centralizada a gran escala, el proceso creativo tiene que ser modular. Así, las «unidades» de diferentes tamaños y complejidades requerirán, en lo individual, cierta pericia. Como son sumables, el conjunto logra un gran entero. Yo puedo trabajar en un programa de envíos postales y alguien más en los problemas algorítmicos. Lo más probable es que mucha gente intentará solucionar los problemas de envíos postales y de búsqueda de algoritmos, y la comunidad juzgará los productos, adoptando los mejores. Ante estas condiciones de modo de producción ad hoc, que curiosamente combinan el anarquismo con el empresarismo, Kropotkin y Adam Smith dicen que obtendrán innovación y producción sin tener que basarse en un modelo propietario.

Es más (y este es un giro muy interesante), cuando el proceso de producción necesita más coordinación centralizada o alguna gobernabilidad que dirija la forma en la que los bits modulares se asocian para obtener mayor productividad, es posible, en teoría, obtener un sistema de control exactamente de la misma manera; potencialmente, es recurrente la producción distribuida. Los procesos de gobernabilidad también los puede ensamblar la gente con una amplia variedad de motivaciones, habilidades y precios de reserva y lograr

los métodos distribuidos en una red global. Repito, los escépticos se quedarán con sus dudas. Conozco a un teórico organizacional quien deshecha la posibilidad de una coordinación anarquista, diciendo que es parecido a la «governabilidad por lucha alimenticia». Cualquiera que haya pertenecido a un *listserv* organizacional, o que haya sido parte de un proceso global de producción administrado por gente con mucha capacidad intelectual pero escasa habilidad social, sabe lo preciso que es esa descripción. *E pur si muove*.

Pero, para usar el lenguaje de los programadores de cómputo, ¿será «escalable» el movimiento de software de fuente abierta? ¿Podemos generalizar cualquier cosa partiendo de este limitado ejemplo? ¿Cuántas clases de producción, innovación e investigación caben dentro del modelo que acabo de describir? Después de todo, uno necesita el hardware, la inversión patrimonial, la recopilación a gran escala de datos del mundo real, cosas en todo su hecho e infinita terquedad. Tal vez el modelo de fuente abierta solucionó los problemas individuales del incentivo, pero ese no es el único problema. ¿Cuántas clases de innovación o producción cultural son tan modulares como el software?

Creo que este método de producción es mucho más común de lo que nos damos cuenta, «incluso antes de la Internet», como dicen portentosamente algunos de mis estudiantes. La ciencia, el derecho, la educación y los géneros musicales se desarrollaron de maneras muy parecidas al modelo que acabo de describir. «El mercado de las ideas», el desarrollo continuo e irritante de pensamiento y norma que engendra nuestra cultura política. En sí es una idea que le debe más al modelo distribuido y sin dueño que al caso especial de la innovación «comodificada» (bien comercializable) que regulamos a través del régimen de la propiedad intelectual. No es que los derechos de autor y las patentes no hayan ayudado a impulsar el surgimiento de la civilización moderna, sino que sería un error verlos como el único motor de la innovación. Ciertamente, los refranes del desarrollo del software libre tienen sus contrapartes en la teoría de la democracia y sociedad abierta. El movimiento de fuente abierta describe ventajas por encima de los sistemas cerrados y secretos: «con el número suficiente de ojos, todos los micrófonos son some-ros». A Karl Popper le hubiera dado gusto.

Más aun, sospecho que la creciente migración de las ciencias hacia los modelos ricos en datos y procesos, aumentará las posibilidades de más innovación y descubrimientos al seguir el modelo de la producción intelectual sin propiedad. La bioinformática y biología computacional, el proyecto genómico de fuente abierta en, la posibilidad del escrutinio de los datos distribuidos por parte del común de los voluntarios que usó la NASA en la recopilación de datos del aterrizaje en Marte, ofrecen una mirada intrigante de un posible futuro. Y finalmente, la Internet es un gran experimento de producción cultural distribuida.

Mi propia utopía incluiría modos de producción intelectual sin propiedad, floreciendo paralelamente al reducido régimen de propiedad intelectual, pero aún con fuerza. Claro que mi utopía pende de una corazonada sobre el futuro. No obstante, existe alguna posibilidad (esperanza diría yo) de poder tener un mundo en el cual hay mucha más producción intelectual gratuita, «gratis» significando que no está sujeto al control centralizado, y «gratis» en el sentido que sus productos están disponibles sin pagar. En tanto que este futuro tenga una posibilidad, seguramente pensaríamos dos veces antes de cancelarlo, aunque es precisamente lo que están haciendo los legisladores y reguladores gubernamentales en los Estados Unidos. El punto de la reciente expansión tan dramática de los derechos de propiedad intelectual —proyectos de ley de protección de bases de datos y directivas que extienden estos derechos a la capa de hechos en una eflorescencia de patentes de software, en la validación de licencias prefabricadas que obligan a terceros, en las disposiciones contra la esquivación de la Ley de Derechos de Autor de Digital Millennium— no es que sólo obstaculizan injusta e infundadamente el modo de la no-propiedad intelectual. El punto es que se corre el peligro de cancelarlo por completo.

Ya dimos toda la vuelta. Como dije, de muchas formas estamos en medio de un segundo movimiento de cercamiento. Los opositores y proponentes del confinamiento actual luchan encarnizadamente apelando a reclamos contradictorios, y en ocasiones inconmensurables, sobre la eficiencia, innovación, justicia y límites del mercado. Pero, ¿debe existir un segundo movimiento de cercamiento? ¿Sabemos si los derechos de propiedad en esta esfera rendirán el mismo auge de energía productiva que generaron cuando se aplicaron a la tierra arable? Creo que la respuesta resonante es NO. Estamos volcándonos para cercar los confines, cada vez más grandes, de los comunes de la mente sin pruebas convincentes económicas de que el cercamiento le ayudará a la productividad o a la innovación, y con muy buenas razones para pensar que hasta daño puede causar.

Como ya dije, este proceso debería incomodar a la gente a lo largo del espectro ideológico, desde los libertarios civiles hasta impulsores del mercado libre. Investigadores y científicos deberían sentirse especialmente inquietos por lo que está sucediendo. Hasta hoy, el sistema estadounidense de la ciencia, a pesar de sus debilidades, ha funcionado extraordinariamente bien y, modificar algunas de sus premisas básicas, como el trasladar los derechos de propiedad a la capa de datos, no es algo que deba hacerse a la ligera.

Por el momento, los peligros son particularmente sensibles por tres motivos. Primero, bajo las condiciones que actualmente existen en nuestras áreas comunales digitalizadas de la mente, la creación de nuevos derechos de propie-

dad intelectual generaría demandas de nuevos derechos de propiedad intelectual, un círculo vicioso. El argumento es un poco complicado para presentarlo aquí; pero en esencia, la postura es: creado un nuevo derecho de propiedad intelectual con relación a un bien de información, la única forma de cerciorar la asignación eficiente de ese bien es dándole al poseedor de los derechos, la habilidad de cobrarle a todo usuario el máximo exacto que cada consumidor está dispuesto a pagar, para que el mercado pueda segregarse por precio. Ahora, seguramente dirán los titulares, es que necesitan más cambios a su favor para proteger la capacidad que tienen de fijar precios a bienes digitales de propiedad intelectual, cuyo costo marginal de producción y distribución se acerca a cero. Estos cambios incluyen: la relajación de normas de privacidad para conocer los puntos de los precios de los consumidores; contratos ejecutables prefabricados o elaborados con un «clic» del botón para que los consumidores acepten los términos de una licencia en particular sin importar lo restrictivo que sea; y cambios en las normas antimonopólicas para admitir prácticas que actualmente son ilegales, como el mantenimiento del precio de reventa y otras formas de «amarre». Sin duda reclamarán cambios técnicos con apoyo jurídico como: la creación de los objetos digitales personalizados rodeados con bardas digitales de sanciones del Estado, objetos amarrados a ciertos usuarios y computadoras específicas de tal modo que si deseo leer mi libro electrónico en otra computadora, técnicamente no lo podré hacer, o será un delito, un agravio, o las tres cosas. Luego, concluyo que la creciente ampliación y robustecimiento de derechos de propiedad es un camino muy resbaloso.

Segundo, entre más amplio sea el alcance de los derechos de propiedad intelectual, más son las características de la Internet que la han hecho tan atractiva para los libertarios civiles. Su naturaleza distribuida y anónima, su resistencia al control o al filtrado de parte de las entidades públicas o privadas y su naturaleza global empiezan a dar la impresión de vicios, no virtudes. Ya inició el proceso de permitir que exista discriminación de precios en la red, pero como argumenta Lawrence Lessig, esta fundamental opción política es una que debería hacerse deliberada y públicamente, no como un efecto secundario de un movimiento de cercamiento digital económicamente sospechoso. Debido a ciertas amenazas, como el terrorismo, quizá optemos por vivir en un ambiente de monitoreo electrónico omnipresente en donde se reintrodujo la identidad y geografía, y por ende la regulabilidad (a título personal, no vale la pena pagar el precio). Pero instituirlo en base a un argumento de mala microeconomía de necesidades de la industria del entretenimiento, en ausencia de buenas pruebas empíricas y, de paso, cancelar algunas de las posibilidades más interesantes de productividad nueva, sería muy triste. Tercero, los argumentos a favor de un nuevo movimiento de cercamiento dependen mucho de los supuestos intelectualmente satisfechos y analíticamente sin

fundamento de la «ortodoxia neoliberal», y del «consenso de Washington». Convencidos de que la propiedad es buena y que es mejor crear más derechos de propiedad, los neoliberales están prestos para entregar patentes de secuencias genéticas y líneas de células madre y derechos de autor y recopilación de datos. Sería irónico, cuando menos, permitir que tales convicciones neoliberales determinen el destino de los comunes de información, el área en donde las ventajas y desventajas de un régimen de propiedad necesitan equilibrarse delicadamente, y también el área en donde las posibles consecuencias para el bien público deben debatirse vigorosa y abiertamente.

¿Entonces, qué hacer? No puedo desglosar una respuesta completa aquí, pero sugiero dos estrategias amplias. Primero, debemos insistir en pruebas empíricas y económicas considerablemente mejores antes de firmar las propuestas del segundo movimiento de cercamiento. Existen algunos estudios serios comparativos e históricos sobre la economía de la innovación, pero necesitamos muchos más. De hecho y como sugerencia, debería existir una auditoria anual de nuestro sistema de propiedad intelectual, de parte de la Oficina General de Contabilidad. ¿Cuáles son los costos estáticos y dinámicos, y beneficios de nuestro actual régimen de propiedad intelectual? Después de todo, este es uno de los subsidios más cuantiosos de industria que da el gobierno (a través de patentes y derechos de autor); merece el mismo escrutinio que usamos con los receptores de otros subsidios estatales. Soy un creyente sentimental de los derechos de propiedad intelectual; equilibrados adecuadamente y aplicados juiciosamente, tales derechos nos prometen un exquisito sistema descentralizado para la promoción de la innovación, aunque esta es una creencia racional en las normas concretas basadas en pruebas empíricas, no una fe incuestionable de que cualquier aumento en derechos de propiedad, automáticamente es bueno.

Segundo, necesitamos dejar en claro los actuales peligros al dominio público, como lo hicieron los activistas ambientalistas de los cincuentas y sesentas, quienes evidenciaron las amenazas particulares al medio ambiente, más la amenaza a la existencia misma «del ambiente». El movimiento ambiental logró una gran parte de su poder político al señalar que existían razones estructurales del por qué los legisladores tomarían decisiones equivocadas muy malas: un sistema jurídico basado en una noción particular de lo que suponía «propiedad privada» y, una tendencia tecnológica a tratar al mundo como un conjunto simple y lineal de causas y efectos, ignorando las complejas interrelaciones entre los sistemas naturales. El medio ambiente no estaba presente en ninguno de estos sistemas conceptuales; no entraba en el análisis. No es de sorprenderse que los legisladores no lo pudieron proteger adecuadamente.

Necesitamos avanzar un argumento similar, como lo he hecho aquí, en el caso del dominio público. Debemos explotar el poder de un concepto como el dominio público para aclarar y reformar las percepciones del interés propio. La idea de que hay un dominio público, un «comunes de la mente», contribuiría a desarrollar una coalición en torno a un concepto replanteado de interés común. En el sentido más estricto, el interés común puede ser la realización, impulsada por mayor atención a las interrelaciones intelectuales, de la circulación más libre de ideas y datos que es importante para cualquiera cuyo bienestar dependa significativamente de la innovación y productividad intelectual, es decir, todo ciudadano del mundo.

El poema con el que inicié este ensayo contiene un poco de consejo: Y los gansos del comunal carecerán / Hasta no recobrarlo al hurtar. No puedo duplicar la brusquedad ni la rima, pero si alegremente suponemos que el segundo movimiento de cercamiento tendrá los mismos efectos benignos que el primero, ciertamente daremos la imagen de ser gansos muy bobos.

CUESTIÓN DE PALABRAS

ÁLVARO GARCÍA

Reyes sin reinado

Miro en una revista los reyes sin reinado,
esta conformidad de anacronía
desplazada de todo,
pero no de una atónita dignidad interior,
traída de la sangre
o el blasón de los muros
en una fortaleza clausurada

y pienso en el recodo de un río de la altura
adonde no van pájaros ni nubes;
en él no fluye el pulso
de otra acción que la exacta,
inútil y rotunda de la naturaleza,

igual que un club que se enaltece a solas
por una ensoñación privada y múltiple:
rumor de los secretos
sin más sentido que su ser secretos,
o ser rey sin corona
financiado por dos o tres familias
en calles de un exilio
que justifica el reino sin sentido.

Desde el tiempo alto y áspero de las pirámides,
monarquías varadas, excluidas,
y no las que aún encajan en una jefatura
con palacios a cargo del erario
y el avión en que vuela una quimera intacta,
la convicción feudal del pueblo que consiente
porque cree tan rara la concordia.

Miro la aceptación sin duda melancólica
del rey al que un sistema deja al margen:
pura concentración de lo irreal en un modo irreal.

Playa de la víspera

Afloran en bandadas las gaviotas
en busca de la última sardina del fuego recién frío
bajo el toldo de cañas inexactas.
Pasan patinadoras con el andar elástico.
El cielo por receta, recortado de nubes,
nubes color ceniza bajo un sol con paciencia.
Anuncian la invasión para esta noche
arrugada y manchada como una servilleta tras la tarta.
El tiempo ¿cómo ignora en este mar?
Hoy la caída de la tarde es larga, es imprecisa,
requiere una mentalidad, una espera.
Va a asediarse un país
con la primera oscuridad.
El sol se difumina, matices de acuarela
con demasiada agua en el color.
Se acerca la invasión hacia la noche.
Pasa la compulsión del sol: un títere.

Signos al sol: un epitafio

O ser corresponsal o ser esfinge.
Y marcharnos después de ir aprendiendo
el Tiempo como arcilla en la que acariciar
un presente infinito,
el humus en que crecen los olivos o el hombre
a una tierra común.
Tierra donde la herencia es un empuje,
ser vivo que se ampara en el continuo.

La ola de la muerte
ha pasado sobre él como una página.

La música incendiada

La música respira ondas del aire,
cambios donde no hay sitio,
la música incendiada. Lo demás,
el territorio en el que gira
el disco inagotable.

El futuro, sin ser, late en la música,
que abre la puerta a ser:
contra el sobrentendido,
contra la paz culpable,
contra el lugar y el tiempo
que son sólo un lugar y sólo un tiempo.

Identidad

El dedo con que tú tocas el timbre
es distinto del dedo acusador,
del dedo de pintura que queda, coagulado,
en la lata que ya no se usa más;
del dedo que es más joya que su anillo
y el dedo dibujado diminuto
en la pantalla del ordenador.
El dedo que acaricia
en tu centro concéntrico
y el dedo que enguantado mueve el tráfico
incluso aunque tú fueses la novia de ese guardia.
No es ni siquiera igual
el dedo que ara un surco de merengue
en la tarta de ochenta cumpleaños
y va después va al labio,
o el dedo que hace un do en un piano negro
que hace temblar la habitación oscura,
y el dedo humedecido con la lengua
para que el juez se ampare en una página
del código penal o el diccionario
donde dice qué cosa es una cosa.

RESACA IDEOLÓGICA EN WALL STREET

ANDREU ESPASA

Jeff Madrick, *The Case for Big Government* Princeton University Press, 2009, 205 pp.

En 2004, el historiador económico Peter Lindert afirmaba irónicamente: «Es bien sabido que el aumento de impuestos y transferencias reduce la productividad. Bien sabido, pero sin datos que lo confirmen ni en las estadísticas, ni en la historia». El hartazgo ante el exceso de ideología en los debates de política económica es compartido por Jeff Madrick, antiguo columnista del *The New York Times* y decano en el instituto de economía política de la universidad progresista The New School, en Nueva York. Su último libro, titulado provocativamente *The Case for Big Government*, pretende desmontar la extendida fe antigobierno, es decir, la creencia dogmática de que el mejor gobierno es el gobierno mínimo. Entre la élite educada estadounidense, el entusiasmo por las consignas antigobierno data de mediados de los

años setenta, aunque su popularización definitiva llega en los ochenta con Reagan y su célebre «El gobierno no es la solución, sino el problema».

Madrick destaca dos factores que han hecho de la fe antigobierno una ideología poderosa para los más ricos. En primer lugar, la total indiferencia ante los hechos exhibida por sus adeptos. Esta indiferencia es doble, pues los ideólogos neoliberales no sólo ignoran los nefastos resultados de su hegemonía en las últimas décadas: tampoco parece importarles demasiado que los republicanos, especialmente Reagan y Bush II, combinaran en su día una retórica estridente en contra de la intervención del gobierno en la economía con unos colosales déficits fiscales provocados por la economía política del militarismo.

El otro factor de éxito de la ideología antigobierno del neoliberalismo es que disfruta de un enorme consenso

bipartidista. «La era del Gran Gobierno ha terminado», afirmó Clinton en 1996. En efecto, la llegada al poder del presidente Clinton y su equipo de «nuevos demócratas centristas», organizados en el Democratic Leadership Council, certificó la victoria ideológica del *reaganismo*. Aunque a los admiradores progresistas de Clinton les gusta recordar su atrevimiento a la hora de subir los impuestos a los más ricos, a menudo se olvida que los nuevos ingresos se destinaron a reducir el gigantesco déficit fiscal heredado de Reagan. El mismo Clinton recortó prestaciones sociales, adelgazó el Estado del bienestar y desreguló fuertemente los mercados financieros. De alguna forma, se puede afirmar que Clinton era un reaganista coherente, a diferencia de su sucesor. Actualmente, después de un año con Obama, las dudas sobre su actuación futura continúan. Una ruptura clara con el legado neoliberal parece una opción poco probable, aunque sus últimas declaraciones contra los bancos han dado algo de esperanza a sus partidarios de izquierda.

El libro de Madrick, escrito en el verano de 2008 y publicado en el invierno de 2009, ha aparecido en un momento muy apropiado, cuando los límites del debate económico se han ensanchado en una medida no despreciable. *The Case for Big Government* está dividido en tres partes. En la primera, el lector encontrará un breve e iluminador ensayo sobre el rol fundamental del gobierno en la historia económica de los Estados

Unidos de América. Según Madrick, la intervención gubernamental ha sido una de las claves explicativas del crecimiento económico del país desde los tiempos de la Revolución Americana. Ciertamente, antes de la Gran Depresión, la porción del gasto público en el conjunto del Producto Interior Bruto (PIB) fue siempre muy reducida (probablemente, no más de un 2% en 1800 y entre un 7% y un 8%, un siglo más tarde). Aun así, la influencia del gobierno en la economía no dejaba de ser formidable. Gracias a la adquisición de inmensos territorios en el Oeste, el Estado se convirtió en el mayor propietario de tierras de la nación, lo que le permitió, entre otras cosas, promover la pequeña propiedad entre el campesinado y financiar la red nacional de transportes. A su vez, la extensión de la educación primaria gratuita convirtió a la joven república en la nación más alfabetizada del mundo. Sin duda, esto supuso una enorme ventaja comparativa en el uso de las nuevas tecnologías del momento.

Desde finales del siglo XIX y hasta la Primera Guerra Mundial, los problemas derivados de la industrialización y la urbanización provocaron una fiebre reguladora entre intelectuales y legisladores. Como resultado, el país se dotó de una infraestructura decisiva, favoreció la investigación científica y tecnológica, abrió nuevos mercados domésticos y redujo la corrupción, transformando el país en un gigante económico internacional. Con la

Gran Depresión y el *New Deal* del presidente Roosevelt, se empieza a forjar lo que se será la versión norteamericana del Estado del bienestar. En 1950, el gasto público ya equivalía aproximadamente al 30% del PIB. Desde entonces, ningún país rico ha contado con un «gobierno pequeño». Entre las naciones ricas de la OCDE, el sector público representa una media del 40% del PIB. Según Madrick, no es ninguna casualidad que Estados Unidos —que, con el 30%, tiene el porcentaje más bajo del grupo— sea, entre los países ricos, el líder en desigualdad, pobreza, crimen, número de horas trabajadas al año y mortalidad infantil.

En la segunda parte del libro, se analizan los resultados de más de tres décadas de hegemonía del pensamiento neoliberal. Madrick dedica cierta atención a rebatir las tesis monetaristas de Milton Friedman. En los setenta, Friedman sostuvo que el creciente gasto federal y el consiguiente aumento de masa monetaria eran los responsables del alto índice de inflación y del freno en el crecimiento económico. Los hechos no apoyaban tal teoría. En los setenta, los gastos federales eran, como porción del PIB, apenas un punto porcentual superior que en la década anterior. A su vez, los déficit fiscales de Bush II, mayores que los de los peores años de la década de los setenta, convivieron con una inflación suave. Tampoco las comparaciones internacionales permiten demostrar que una mayor presencia del Estado en la economía esté necesariamente

reñida con el crecimiento económico nacional.

Madrick también hace un repaso a los marcados contrastes entre las promesas hechas por los prosélitos de la fe antigobierno y los pobres resultados para la economía y los estándares de vida de la inmensa mayoría de la población. El veredicto que arrojan los datos es devastador. En las últimas tres décadas, la economía estadounidense ha crecido más lentamente que en ningún otro período de la historia nacional. La producción industrial ha sufrido un fuerte declive y los costes en asistencia sanitaria se han triplicado en relación al PIB. La deuda de los consumidores, de las empresas y del gobierno se ha disparado. Desde los setenta, el total de la deuda del gobierno federal se ha duplicado, pasando de un tercio a dos tercios del PIB. Al mismo tiempo, las redes de seguridad social se han deteriorado, no sólo para la clase trabajadora, sino también para la clase media. Los efectos entre los trabajadores con menores ingresos han resultado especialmente trágicos. Buen indicador de ello es el aumento del hambre (49 millones de estadounidenses padecen inseguridad alimentaria, según datos oficiales del Departamento de Agricultura) y de la población penitenciaria (la más alta del mundo en números absolutos y relativos).

Al pobre rendimiento de la economía estadounidense en las últimas décadas, hay que sumar la creciente desigualdad social. Actualmente, el 1% de los estadounidenses más ricos

controla el 35% de la riqueza nacional. A principios de los setenta, este mismo 1% controlaba sólo el 20%. El ascenso astronómico de las remuneraciones entre los ejecutivos de Wall Street es otra buena muestra del «divorcio de Estados Unidos con la realidad por culpa de la ideología» del que tanto se lamenta Madrick. Los directores ejecutivos de una empresa cobran unas trescientas veces más que el salario medio de sus empleados, a diferencia de 1969, cuando sólo cobraban unas treinta veces más. Al otro lado del espectro social, aumentan los trabajadores pobres con salarios que no alcanzan a cubrir las necesidades básicas. En Estados Unidos, el salario mínimo actual es un 25% más bajo —descontada la inflación— que en 1967. La división racial sigue solapándose con la división de clase. Los ingresos de las familias negras representan sólo un 60% de los ingresos de las familias blancas, una cifra que delata lo poco que se ha avanzado en treinta años de políticas de antidiscriminación racial. El único ámbito en el que se ha registrado una tendencia igualitaria ha sido en la reducción de la brecha salarial por género. Aun así, la diferencia sigue siendo notable. Las mujeres norteamericanas cobran, por lo general, un 20% menos que los hombres. Además, la reducción de la diferencia salarial es fruto de una convergencia perversa, ya que los salarios de las mujeres han subido al mismo tiempo que se estancaban o bajaban los salarios masculinos. De hecho, el salario mediano real de los hombres bajó ligeramen-

te en el período 1973-2005, algo inusual en la historia económica de Estados Unidos.

El Sueño Americano, es decir, la promesa de un futuro de prosperidad y oportunidades, para uno mismo o para sus hijos, choca con una realidad desalentadora. Para la mayoría trabajadora de Estados Unidos, el miedo ante un repentino cambio de fortuna y la desconfianza ante la falta de perspectivas de futuro son más fuertes hoy que en los setenta. Las familias trabajan más horas, viven más lejos de sus trabajos y tienen que mudarse a barrios más caros si quieren conseguir una educación primaria pública decente. Hoy en día, ser despedido y enfermar gravemente puede acarrear una bancarrota familiar fulminante, ya que el seguro médico y las pensiones dependen de la posesión de un puesto de trabajo. En estas circunstancias, y con los tertulianos televisivos adoctrinando a la opinión pública en la resignación con la realidad presente, no es de extrañar que cunda un paralizador sentimiento de pesimismo y de inseguridad.

La última parte del libro es prescriptiva. Entre las propuestas para una política económica que haga frente a las nuevas necesidades sociales, se incluyen numerosos proyectos de aumento del gasto social, mayor regulación financiera y nuevas medidas para combatir la discriminación racial y de género. Para que el programa social de la izquierda pueda aspirar a concretarse en conquis-

tas legislativas, Madrick propone una sencilla reforma política que, de llegar a aplicarse, supondría una verdadera revolución democrática para el país: la financiación pública de las campañas electorales. Todo ciudadano mínimamente preocupado por la condición democrática de Estados Unidos observa con horror el aumento de recursos económicos con los que las grandes empresas sobornan y chantajea legalmente a los representantes políticos en Washington. Sólo entre 2000 y 2004, el número de *lobbistas* profesionales a nivel federal aumentó de más de 16.000 a más de 34.000 y el dinero gastado en las actividades *lobbísticas* excedió los dos mil millones de dólares. Obama fue elegido tras una campaña en la que prometió insistentemente que lucharía para reducir el poder de los *lobbies* de las grandes empresas en la política norteamericana. Lamentablemente, el pasado 21 de enero, en una decisión histórica y con una votación ajustada de 5 contra 4, el Tribunal Supremo dio carta blanca a las grandes empresas para gastar ilimitadamente en anuncios políticos en cualquier campaña electoral. La tendencia plutocrática ha recibido un espaldarazo inesperado. A estas alturas, propuestas como las de Madrick resultan casi imposibles de aprobar, a no ser que el movimiento democrático consiga la fuerza necesaria para incluir una enmienda específica en la Constitución.

Aun tratándose de una obra bien documentada, el libro adolece inevitablemente de varias omisiones im-

portantes, ya sea por las limitaciones ideológicas del autor o por el reducido espacio (sólo 205 páginas para un tema ciertamente extenso). A pesar de los fuertes tintes socialdemócratas, Madrick no deja de compartir las sensibilidades del liberalismo norteamericano. Eso se nota especialmente en una de las omisiones más sorprendentes del libro: el gasto militar estadounidense. Tampoco se nos explica, en un sentido más general, qué papel ha tenido en el crecimiento económico nacional el dominio imperialista estadounidense a nivel mundial, especialmente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Hallamos otra extraña omisión en las páginas dedicadas a la historia económica del siglo XIX, donde el lucrativo negocio de la esclavitud —abolida en todo el territorio nacional en la tardía fecha de 1865— apenas merece mención alguna. Más adelante, cuando el autor llega al *New Deal*, se echa en falta alguna referencia a una de las encrucijadas más interesantes de la historia de la política económica norteamericana: la breve batalla democrática contra los monopolios, librada por la Administración Roosevelt a finales de los años treinta, con el legendario Thurman Arnold como jefe de la división antitrust. El resultado fue una derrota para el gobierno, que finalmente optó por un modelo más conservador, cercano a las tesis de Keynes, con altos impuestos progresivos para estimular la demanda interna y fomentar el pleno empleo. Sin embargo, el episodio encendió la imaginación de los partidarios de la democracia económica y permanece injustamente relegado en un ensordecedor silencio histórico.

A pesar de estas omisiones, *The Case for Big Government* resulta especialmente interesante y útil, dada la relevancia social de las consignas neoliberales. Hablar, como hace Madrick, de un «amplio consenso antigobierno» no supone en este caso invocar a un fantasma ideológico o rebatir de forma juguetona a un hombre de paja que sólo existe en la imaginación de la pluma del autor. La profundidad de la última crisis del capitalismo ha abierto los ojos y los oídos de mucha gente, pero los tópi-

cos simplones que emanan de la fe antigobierno siguen gozando de una sorprendente popularidad entre las élites norteamericanas y... europeas. Un ejemplo cercano. No hace mucho tiempo, un distinguido miembro del gobierno de izquierdas de Cataluña, entrevistado en *La Vanguardia* por el inefable Xavier Sala i Martín, resumió, no sin cierto ingenio, su filosofía económica de la siguiente forma: «Cuanto menos Estado mejor... aunque sea catalán».

mientrastanto.e

Mientras tanto está publicando un boletín electrónico de periodicidad mensual, quienes deseen suscribirse gratuitamente a *mientrastanto.e* pueden solicitarlo a la dirección siguiente:

suscripciones@mientrastanto.org

CITA

El conocimiento representa la reserva de donde el nuevo conocimiento es creado, por ello, el conocimiento debe ser libremente accesible. Las limitaciones del acceso público como los derechos de autor o las patentes, deberán ser la excepción. La explotación comercial del conocimiento entra en conflicto con el interés de la sociedad en considerar el conocimiento como un bien público. Dentro de la jerarquía de los valores sociales el conocimiento como un bien común debe tener un estatus más elevado que la protección de demandas privadas.

Carta de los Derechos Civiles para una
Sociedad del Conocimiento Sustentable, art. 1.

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Nombre

Dirección C.P.

Población Provincia

NIF Teléfono

Profesión Ocupación

SUSCRIPCIÓN POR 4 NÚMEROS
DESDE EL PRÓXIMO NÚMERO

- primera suscripción
 renovación

Tarifa:

- España 25 euros
- Europa 35 euros
- Resto del mundo 40 euros

NÚMEROS ATRASADOS QUE SE DESEA RECIBIR

.....
.....

Números atrasados hasta el nº 89 (en existencia) 3 euros

SUGERENCIAS

Apartado de Correos 30059, Barcelona

SUSCRIPCIONES

e-mail: comandes@icariaeditorial.com

e-mail: icaria@icariaeditorial.com

Tel.: (34) 93 301 17 23/26 (Lunes a viernes de 9 a 17 h.)

Fax: (34) 93 295 49 16

Forma de pago:

- Talón adjunto a nombre de Icaria editorial
- Transferencia a la c/c de Icaria editorial n.º 2013 0717 61 0200380950,
de la Caja de Ahorros de Cataluña - Girona, 15 - 08010 Barcelona.
- Domiciliación bancaria:

lcta. o cc.

n.º _____
entidad oficina control n.º lcta. o c.c.

- Visa N.º tarjeta Fecha de caducidad

(Para facilitar la gestión bancaria, le rogamos que rellene cuidadosamente cada casilla con el dígito correspondiente. Consulte con su entidad bancaria sin tiene alguna duda.)

dirección
agencia
entidad

ORDEN DE PAGO

Sr. director del Banco o Caja

Dirección

Sírvase atender hasta nuevo aviso, y con cargo a mi cuenta, los recibos que le sean presentados por la revista *mientras tanto*.

Titular de la cuenta

Dirección

Número de la cuenta

Atentamente,

(firma)