

Propiedad Intelectual y Capitalismo Cognitivo
Breve historia de un matrimonio forzoso

Mg. Mariano Zukerfeld
Becario doctoral CONICET
Cátedra Informática y Relaciones Sociales
FSOC-UBA
marianozukerfeld@gmail.com

Introducción

El objetivo de este trabajo es doble. Por un lado, brindar al lector ajeno a la temática algunos datos que le permitan mensurar someramente la expansión de los derechos de Propiedad Intelectual en las últimas tres décadas. Por otro, ofrecer algunos elementos en favor de una hipótesis habitualmente intuitiva, pero escasamente defendida con sistematicidad: se trata de la idea de que tal expansión surge de la necesidad del capitalismo de adecuarse a una etapa en la que el principal insumo productivo es la Información Digital y los principales productos son Bienes Informacionales. Para ello, organizamos este trabajo en cinco secciones. La primera presenta la terminología relativa al Capitalismo Cognitivo y los Bienes Informacionales que permite comprender la hipótesis mentada. La segunda sección está consagrada a desnaturalizar el significante "propiedad intelectual", analizando dos operaciones tácitas y relativamente recientes que se han producido en torno de él. Las secciones restantes están dedicadas a intentar aprehender cuatro dimensiones en las que se viene expresando la expansión de los derechos de propiedad intelectual y a relacionarlas, en cada caso, con los Bienes Informacionales. Así, la tercera sección se ocupa del incremento en la *magnitud* cuantitativa de los derechos otorgados, mientras la cuarta lo hace respecto del ascenso en la *duración* temporal de los mismos. La quinta sección analiza un aspecto netamente cualitativo, pero de una importancia decisiva para comprender las transformaciones en curso: el aumento en el radio de *alcance* de la propiedad intelectual¹.

I

El capitalismo cognitivo y los Bienes Informacionales

Desde mediados de la década de 1970 el sistema capitalista mundial exhibe de manera nítida un

conjunto de profundas transformaciones. Junto con ellas, van ganado visibilidad aparatos conceptuales destinados a interpretarlas. De manera tímida, primero, y abrumadora, después, comienzan a surgir nombres para la nueva etapa. Sociedad Postindustrial (Bell), Post-capitalismo (Drucker), Knowledge Based Economy (OCDE), Era de la Información o informacional (Castells), Turbocapitalismo (Luttwalk), Sociedades de Control (Deleuze), Sociedades de Riesgo (Beck), Posfordismo (Escuela de la regulación y otros), Alta Modernidad (Giddens) son sólo algunos ejemplos de enfoques sumamente divergentes, aunque no en todos los casos mutuamente excluyentes. Enfoques, de hecho, dispares en cuanto a la sistematicidad de las formulaciones que los sustentan, a las vocaciones políticas que los insuflan y, especialmente, a los aspectos del nuevo período que enfatizan. Pero a partir de mediados de los años '90 se estabiliza como hegemónica la perspectiva asociada a una noción: la de *Sociedad del Conocimiento*. Y lo hace al menos en cuatro campos semánticos decisivos: los de la economía, los medios de comunicación, los organismos internacionales y las políticas públicas. No tenemos espacio aquí para caracterizar tal noción y repasar las cuantiosas críticas que merece. Basta mencionar que algunas de ellas se desprenden del violento carácter ideológico -en el sentido más tosco del término- que la anima: en cualquiera de sus versiones oculta la especificidad capitalista de la etapa actual, naturalizando una circunstancia histórica y silenciando los conflictos que la constituyen. Por eso, una de las bases más poderosas del concepto de *Capitalismo Cognitivo* (Boutang, 1999; Rullani, 2000; Blondeau, 1999) radica en su capacidad de ejercer una fuerte crítica a la pretendida neutralidad de ideas como la de Sociedad del Conocimiento.

*

En otros textos hemos propuesto una forma de definir al concepto de Capitalismo Cognitivo. Partimos para ello de pensar una tipología de los conocimientos y en distinguir, dentro de ella, a una forma muy particular: la Información Digital (Zukerfeld 2006, 2007). Se trata de un tipo que presenta la propiedad de que puede reproducirse de manera exacta con costos cercanos a 0 (Varian, 1995; Cafassi, 1998; Boutang, 1999; Rullani, 1999). Llamamos a esta característica decisiva *replicabilidad de la Información Digital*. Ahora bien, una de las ideas centrales de nuestro planteo es que lo que caracteriza a la presente etapa es la particularidad de ciertos procesos productivos: son los que tienen como *insumo* decisivo a la información digital (en adelante, ID). Denominamos a los productos que se obtienen en esos procesos productivos **Bienes Informacionales** (BI). Esto es, bienes *obtenidos en procesos cuya función de producción está signada por un importante peso relativo de los gastos (en capital o trabajo) en la generación de o*

el acceso a la ID. En todos los casos se trata de bienes en cuya producción los costos de las materias y de la energía son despreciables frente a los de los conocimientos involucrados. Entendemos que hay tres tipos de BI. a) Los **BI1**, que son los bienes informacionales en sentido más estricto, tienen la característica de *que están hechos puramente de Información Digital*. Se trata de *software, música, imágenes, textos*, etc. b) Los **BI2** presentan como rasgo distintivo que *procesan, transmiten o almacenan ID*. Se recortan como BI2: *los chips (y las computadoras, que dependen de ellos), las fuentes de almacenamiento -como por ejemplo CD's-, y las de transmisión -como los semiconductores de silicio- de ID*. c) Los **BI3**, que sólo tienen el rasgo general de que la ID sea su insumo decisivo, carecen de las características de los BI1 y BI2. Es el caso de todos los productos que resultan de la aplicación de biotecnologías: *industria farmacéutica, aplicaciones vegetales o animales de la genética*, etc.

Ahora bien, durante mucho tiempo, el capitalismo construyó mercancías sobre la base de la exclusión que permitían las instituciones de la propiedad privada física. Ellas funcionaron muy bien para impedir el acceso a la materia y la energía de los no-propietarios. Sin embargo, en procesos productivos como los que consideramos aquí, materia y energía pierden peso ponderado frente a la ID. Esto tiene dos consecuencias. Por un lado, la exclusión que permite la propiedad privada física es sólo sobre los factores laterales del proceso productivo. Por otro lado, ese insumo que la propiedad privada física no protege puede ahora (a diferencia de hace algunos años) multiplicarse y difundirse a velocidades astronómicas.

Por eso, distintas formas de reproducción desafían a la realización de las mercancías de un capitalista determinado que produce una primera unidad de un BI: en muchos casos, es la copia casera (BI primarios: software, imágenes, música, textos, bases de datos). En otros, es la imitación basada en la competencia intercapitalista (BI2: los semiconductores, chips, etc.). Finalmente, los Estados nacionales pueden aprovecharse del acceso a la ID y producir 'genéricos' de la mercancía en cuestión (BI3: medicamentos). Dado que la importancia de los BI -como bienes de consumo pero, especialmente, como medios de producción- ha aumentado vertiginosamente en los últimos treinta años, el sistema capitalista en su totalidad ha de lidiar con nuevos desafíos que la institución propiedad tal cual era concebida años atrás no puede enfrentar. El ascenso de los bienes informacionales manifiesta –aunque no causa- el fin del capitalismo industrial. Por eso, *llamamos **Capitalismo Cognitivo (CC)** a la etapa del modo de producción capitalista signada por la contradicción entre relaciones sociales de producción orientadas a realizar a los tres tipos de Bienes Informacionales como mercancías, y el grado de desarrollo de*

las fuerzas productivas asociado a la ontología replicable de la Información Digital, que amenaza el status mercantil de esos bienes.

Así, la readecuación de las relaciones sociales de producción en el capitalismo cognitivo tiene como tarea central organizar las exclusiones e inclusiones respecto de determinados tipos de conocimientos, particularmente de la ID.

La hipótesis que intentamos defender en este trabajo es que esa readecuación descansa en lo que hoy nos hemos habituado a llamar Propiedad Intelectual.

II

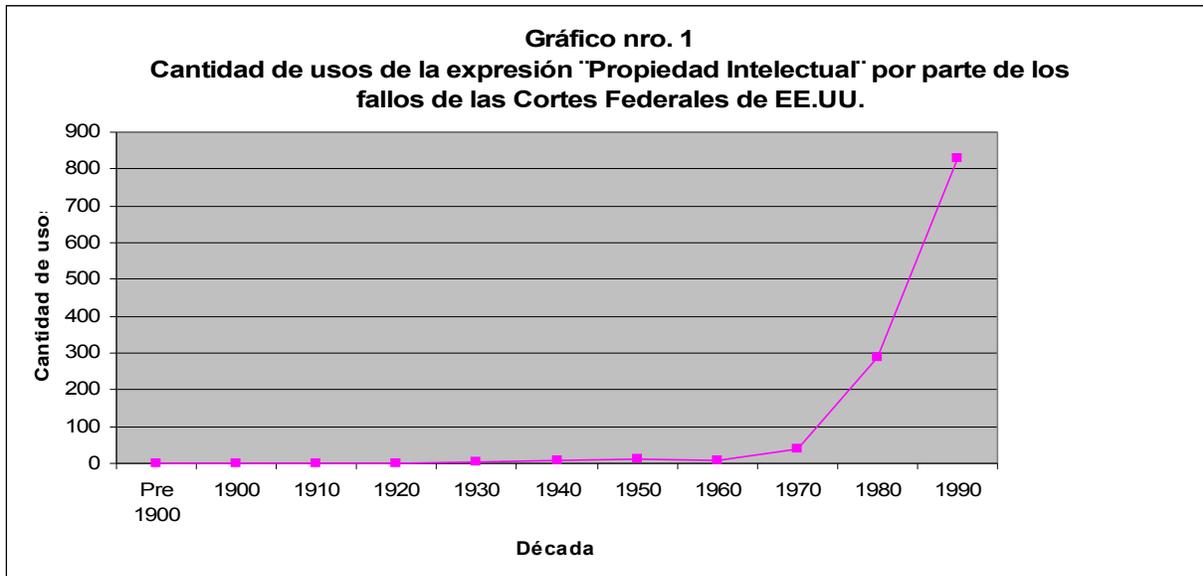
El término Propiedad Intelectual

Como es sabido, los derechos englobados en la expresión propiedad intelectual (patentes, copyright y otros) tienen orígenes que pueden rastrearse hasta el 1474 en Venecia (Penrose, 1951:6). Sin embargo, el Capitalismo Cognitivo realiza respecto de ellos dos operaciones novedosas, esenciales y sutiles. En primer lugar *unifica* esos diversos derechos bajo una misma noción. En segundo lugar, nombra al producto de esa unificación con el significante *propiedad*. Veamos estas operaciones por separado:

a) Aunque hoy nos resulte habitual, la reunión de un haz de instituciones jurídicas diversas y heterogéneas bajo el concepto de propiedad intelectual es una operación muy reciente. De hecho, aunque la expresión fue usada por primera vez hacia fines del siglo XIX por Kohler y Picard (Reichman, 1995: 480), la dinámica del capitalismo industrial no tenía necesidad de ella y la relegó a una posición marginal por muchos años. Sólo sobre el final de esa etapa, el término comenzaría a ganar terreno. Como dice Fisher:

Otra manifestación, más general, de la misma tendencia, ha sido el poder creciente de la frase 'propiedad intelectual'. Antes de la Segunda Guerra Mundial, el uso de esa frase como reunión de copyrights, patentes, derechos de marcas y títulos relacionados era raro. Desde entonces, se ha vuelto mucho más común. Hoy es el modo standard en que los abogados y profesores de leyes se refieren al campo. (Fisher, 1999:22, traducción propia)

En el gráfico nro. 1 podemos ver un indicador empírico que nos permite -con limitaciones- percibir esta tendencia.



Fuente: Elaboración propia en base a Fisher, 1999 y a la base de datos Lexis-Nexis.

En él encontramos la cantidad de veces que aparece la expresión 'propiedad intelectual' en los fallos de las cortes federales norteamericanas a lo largo del siglo XX. Nótese que fue usada apenas 28 veces hasta la década del '70, cuando el incremento de su utilización en los fallos se torna vertiginoso.

Esto permite varias reflexiones. La que nos interesa aquí es la siguiente. Entre la independencia de los EE.UU. y la década de 1970, se desarrollaron numerosos litigios asociados a patentes y copyright. Sin embargo, lo notable es que los jueces no utilizaban en sus fallos sobre estos temas el significativo "propiedad intelectual". Este concepto que hoy nos es absolutamente familiar para reunir derechos exclusivos sobre ciertas formas de conocimiento era extraño a esos magistrados.

*

Simplificadamente, podemos decir que lo que hoy conocemos como propiedad intelectual surge de unificar dos tipos de derechos y expandirlos. Por un lado, los derechos de autor (que tienen al copyright –su versión anglosajona– como su manifestación más conocida). Por otro, la llamada propiedad industrial (que incluye patentes, derechos de marcas y diseños industriales). Mientras los derechos de autor durante mucho tiempo estuvieron vinculados a la protección de las obras literarias y artísticas, la propiedad industrial solía referir a la custodia de las invenciones tecnológicas. Esta dicotomía encontró cristalización jurídica en la división del campo entre dos tratados internacionales: la Convención de Paris sobre Protección de la Propiedad Industrial, de

1883, y la Convención de Berna sobre la Protección de Obras Literarias y Artísticas, de 1886. Recién en 1967 comienza el proceso de unificación jurídica bajo el significante Propiedad Intelectual, con la creación de la WIPO (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, por su sigla en inglés). Pero ese proceso sólo se consolida jurídicamente en 1994, con la firma del TRIPS (Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, por sus siglas en inglés), cuya importancia política e institucional es difícil de sobreestimar. Aunque, como señalamos en la introducción, el TRIPS merece una atención especial que no podemos darle en este artículo, cabe introducir aquí un comentario. Quizás sea un indicador interesante de la incompletud del proceso unificador el hecho de que el TRIPS carezca de una definición analítica del término Propiedad Intelectual. En su artículo 1 inciso 2 se refugia en una definición nominal: llama propiedad intelectual a todas aquellas categorías que figuran en las secciones del tratado, sin aludir a qué es lo que las une, qué es lo que amerita subsumirlas a un mismo significante (cfr. UNCTAD, 2005: 37).

Ahora bien, la hipótesis que intentamos mostrar en este trabajo de distintas formas se refleja aquí del siguiente modo: este recorrido desde una dicotomía conceptual (Derechos de autor-Propiedad industrial) e institucional (Convención de Berna –Convención de París) hacia la unificación en ambos órdenes (Propiedad Intelectual y TRIPS, respectivamente) está íntimamente ligado al pasaje desde el capitalismo industrial al cognitivo. La nueva etapa, signada por los Bienes Informacionales, necesita de la unificación *porque estos BI difuminan las bases sobre las que se apoyan esas dicotomías*. En efecto, *el andamiaje sobre el que separaciones del tipo patentes-copyright se apoyaban era el de la dicotomía Economía-Cultura*. Dicotomía que, por cierto, permeó no sólo a las legislaciones, sino también, por ejemplo, al sistema educativo, las estadísticas y las ciencias sociales del capitalismo industrial. La industria y la tecnología, de un lado; las obras artísticas y espirituales, de otro. Una cosa era una cadena de montaje y otra, bien distinta, un libro. Sin embargo, la aparición y ascenso de bienes basados en el insumo de la Información Digital jaquea esa escisión. Hoy ya estamos acostumbrados a que la información digital hibride economía y cultura: en Internet se ensamblan partes de un programa de software (similar como generador de ganancias de productividad a los bienes de capital fordistas) y se descargan libros, en ambos casos intercambiando bits. La cadena de montaje y el papel del libro han encontrado cierta forma de *equivalente general* al ser traducidos a señales electrónicas, al volverse Bienes Informacionales. Por supuesto, la difuminación de la división economía-cultura no se debe sólo al ascenso de los BI, ni tiene por única consecuencia las modificaciones en las

instituciones jurídicas que analizamos en este artículo. En cierta medida, al hablar de "Industrias culturales" o de "Economía del Conocimiento" se alude a la búsqueda de nuevas categorías para transitar el fin de esa escisión. Pero sería una necesidad soslayar la importancia de las particularidades de los procesos productivos de BI en estas transformaciones.

Recapitulando, el razonamiento que hemos intentado exponer es el siguiente. La división Propiedad industrial- Derechos de autor descansa en una escisión más amplia, Economía- Cultura, característica del capitalismo industrial. La Información Digital, alma de los BI, no puede ser encuadrada en uno de los polos de esa dicotomía, sino que tiende a socavarla. De este modo, el pasaje Capitalismo Industrial-Capitalismo Cognitivo, asociado al ascenso de los BI, tiende a romper tal dicotomía. Una de las formas en las que lo hace es mediante la doble unificación terminológica (propiedad intelectual) e institucional (TRIPS).

b) El otro aspecto interesante es que los derechos conocidos hoy como "propiedad intelectual" recorrieron un trayecto lleno de conflictos entre ellos y la idea de propiedad física. La pacífica asimilación que hoy percibimos oculta un derrotero de debates -que se prolongan hasta el presente- respecto de la medida en que cabe llamar propiedad al copyright, patentes y sucedáneos.

De hecho, la historia de la relación entre estas instituciones y los derechos de propiedad privada física tiene más de hostilidad que de empatía. En el caso de las patentes, por ejemplo, su origen está en la concesión de derechos comerciales exclusivos para la explotación de determinada invención. En el caso del copyright, se trata de derechos exclusivos de impresión de libros. Durante mucho tiempo, esos derechos fueron nombrados como *privilegios* o, sencillamente, *monopolios* concedidos por el estado monárquico. Así, la formación jurídica que separó por primera vez a las patentes de invención de otras formas de privilegios se llamó *Estatuto de Monopolios*, promulgado en Inglaterra en 1623. El estatuto equivalente en términos de copyright (el Estatuto de Ana, de 1710) daba el *monopolio de la impresión* de obras literarias a determinados editores. No hay aquí relación alguna con el concepto de propiedad. Pero luego tenemos un segundo momento en relación a estos derechos, un momento en el que la institución propiedad privada física se racionaliza y se cristaliza en textos constitucionales de la mano del cuerpo doctrinario liberal. Ahora bien, el liberalismo era tan defensor de los derechos de propiedad como enemigo de los monopolios. Así, no se trata sólo de que la noción de propiedad

fuera *ajena* a los derechos de copyright y patentes, sino de que para muchos pensadores era *opuesta*. Los monopolios eran vistos como impedimentos al funcionamiento del mercado, como límites al ejercicio de la libertad de empresa, como resabios de arbitrariedades monárquicas. Sin embargo, los estadistas de fines del siglo XVIII y principios del XIX aceptaron -en muchos casos a regañadientes- que la mejor forma de asegurarse conocimientos públicos era concediendo monopolios por tiempo limitado sobre ellos. Expirado el plazo otorgado a autores e inventores, sus ideas pasaban a engrosar el dominio colectivo. Es importante notar que es en pos de esta futura vida pública de los conocimientos que se les obligaba a los beneficiarios a presentar explicaciones de sus artefactos o a dejar copias de sus textos. Esos depósitos tenían por fin custodiar las ideas que en el futuro pertenecerían a la sociedad toda. El fin era incrementar la esfera pública, el medio, el incentivo privado. Este espíritu se aprecia perfectamente en la Constitución de los EE.UU.

El Congreso tiene el poder para promover el progreso de las Ciencias y las Artes útiles, asegurándoles por tiempo limitado a los autores e inventores los derechos exclusivos sobre sus escritos e invenciones, respectivamente. (Constitución de los EE.UU., artículo I, sección 8, cláusula 8)

Pero este ideario liberal no sólo evitaba llamar propiedad al copyright y a las patentes, sino que lo rechazaba explícitamente. Y lo hacía, además de por su oposición a los monopolios, por entender que la esencia de las ideas era distinta de la de los bienes sujetos a la propiedad privada física. La expresión más bella de este tipo de postura es la de una carta de Thomas Jefferson:

Sería curioso entonces, si una idea, el fermento fugitivo de un cerebro individual, pudiera, por derecho natural ser reclamada como propiedad estable y exclusiva. Si la naturaleza hizo alguna cosa menos susceptible que todas las otras de propiedad exclusiva, es la acción del poder del pensamiento llamada idea (...) Su carácter peculiar reside en que nadie posee menos porque otro la posea en su totalidad. Quien recibe una idea de mí, recibe instrucción sin disminuir la mía, como quien recibe mi lumbre se ilumina sin dejarme en la oscuridad. (...) De modo que las invenciones no pueden, de acuerdo a la naturaleza, ser objeto de derechos de propiedad. (Extractos de carta de Thomas Jefferson a Isaac McPherson, Monticello, 13 de agosto de 1813. Koch y Pedden, 1972: 84, traducción propia).

A su vez, la oposición entre la propiedad privada física y la intelectual puede encontrarse en otro argumento más, que permanece hasta nuestros días. Es la idea de que la propiedad intelectual supone el impedimento al ejercicio pleno de la propiedad privada física. Como dice Palmer:

Los argumentos liberales para los derechos de propiedad son fundamentalmente hostiles a los reclamos de propiedad intelectual, porque los monopolios de patentes y copyrights *interfieren con la libertad de otros a usar sus propios cuerpos o su*

propia propiedad justamente adquirida. (Palmer, 1990:855, traducción propia, énfasis añadido)

Por ejemplo, si una persona adquiere un libro, en virtud del copyright hay ciertos derechos que este propietario no puede ejercer respecto del bien que compró: no puede copiarlo, no puede traducirlo, utilizarlo como base para una película, etc. De este modo, el vendedor retiene ciertos derechos que tornan a la propiedad del adquirente incompleta.

*

Hemos identificado, así, al menos cinco tipos de argumentos por los que el copyright y las patentes fueron largamente opuestos a la idea de propiedad liberal i) eran monopolios ii) su duración era acotada iii) los derechos se concedían como puro medio para engrandecer la esfera pública de conocimientos iv) los entes sobre los que operaban (ideas) tenían una naturaleza distinta de la de los bienes sujetos a la propiedad v) su ejercicio impedía la completa realización de los derechos de propiedad física.

Pero, entonces, ¿cómo es que el copyright, las patentes y otros derechos asociados se han vuelto propiedad en nuestros días? Aunque la respuesta más justa a este interrogante sería un cuidadoso rastreo por el camino de la transformación de los monopolios en propiedad durante la segunda mitad del siglo XX, nuestra hipótesis se aplica aquí fácilmente: en la presente etapa del capitalismo el rol que jugaba la propiedad física es llevado adelante por un conjunto de derechos monopólicos sobre las ideas. Designarlos como propiedad les confiere credenciales para aspirar al trono vacante, los contagia, para el gran público, de una legitimidad que la propiedad privada física ha forjado tras siglos de esfuerzo. Les permite dejar atrás las ropas del monopolio, y, riéndose en secreto de los antiguos liberales, enseñorearse en las reuniones que celebran el libre comercio.

Quizás los marxistas gusten señalar que la doble operación de reunión y propertización de los monopolios sobre ciertas formas de conocimiento es una típica maniobra ideológica. Puede ser que ello sea cierto, a condición de evitar entender a la ideología en el sentido de una falsa conciencia, de un puro engaño. En todo caso, a la propiedad intelectual se le amolda bien la idea de Žižek -inspirada en Sohn Rethel-, de entender a la ideología como *abstracción real* (Žižek, 2003: cap. 1): está inefablemente inscripta en las prácticas sociales, mantiene su eficacia más allá del descubrimiento de sus debilidades por parte de los agentes y sostiene desde dentro a un conjunto de relaciones sociales dadas.

Hasta aquí, entonces, nuestra búsqueda de desnaturalización del término propiedad intelectual. A

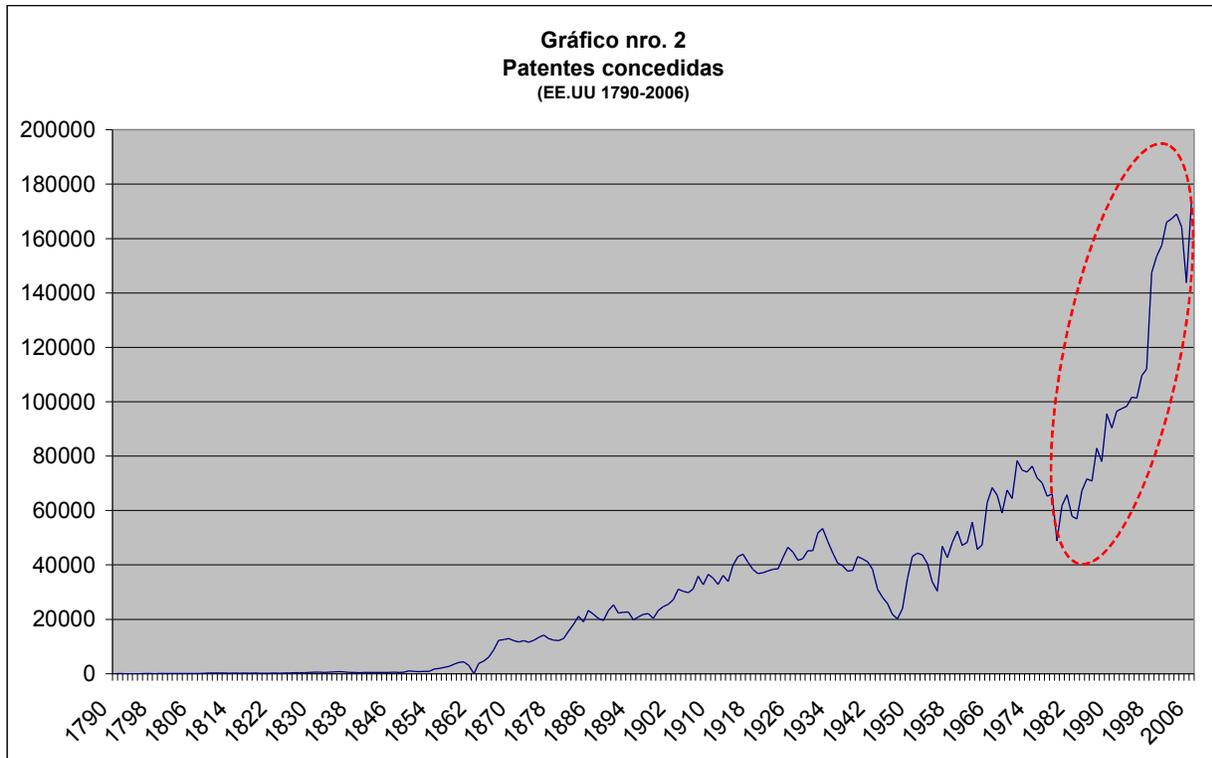
continuación, dejamos el significante y pasamos a discutir el significado de la expansión y su relación con el capitalismo cognitivo.

III Incremento en la Magnitud

Sin dudas, la cantidad de bienes sujetos a las distintas formas de Propiedad Intelectual se ha incrementado drásticamente con el advenimiento del capitalismo cognitivo. Una forma ramplona de apreciar esto es a través del cambio que introduce la Copyright Act de 1976 en los EE.UU. Mediante ella, se deja de lado el viejo sistema por el cual el autor debía solicitar el copyright y se pasa a concederlo de manera automática, por defecto y sin mediar voluntad manifiesta de aquél. Así, mientras antes sólo un porcentaje limitado de las obras reclamaban ese derecho (Lessig, 2004:154) ahora todas están enmarcadas por él. A su vez, y respecto de nuestra hipótesis, es claro que los entes abarcados por el copyright son siempre Bienes Informacionales primarios: textos, música, imágenes y, especialmente, software. Pero el tema de los incrementos en la cantidad de bienes sujetos a propiedad intelectual y de si esos incrementos se deben a las peculiaridades de los BI parece mucho más discutible para el caso de las patentes. Puede señalarse que el incremento en la cantidad de patentes otorgadas (si es que lo hay) es un fenómeno que caracteriza a toda la economía y no sólo a los procesos productivos de BI. Intentaremos refutar esta idea y defender nuestra hipótesis a continuación.

*

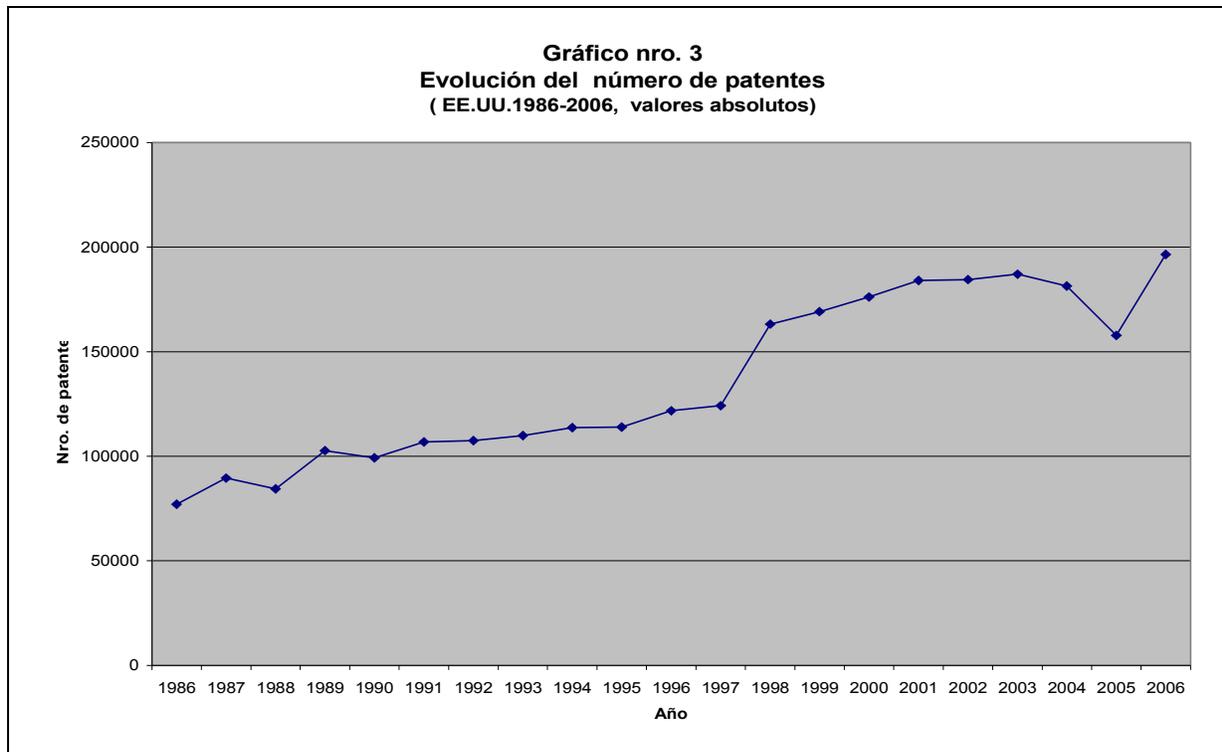
El primer punto consiste en ver si efectivamente hubo un incremento del patentamiento en los últimos años. Para ello, en el gráfico nro. 2 podemos ver la evolución de la cantidad de patentes concedidas en los EE.UU. entre 1790 y 2006.



Fuente: Elaboración propia en base a datos de la United States Patents and Trademark Office (USPTO), Electronic Information Products Division, Patent Technology Monitoring Team (PTMT).

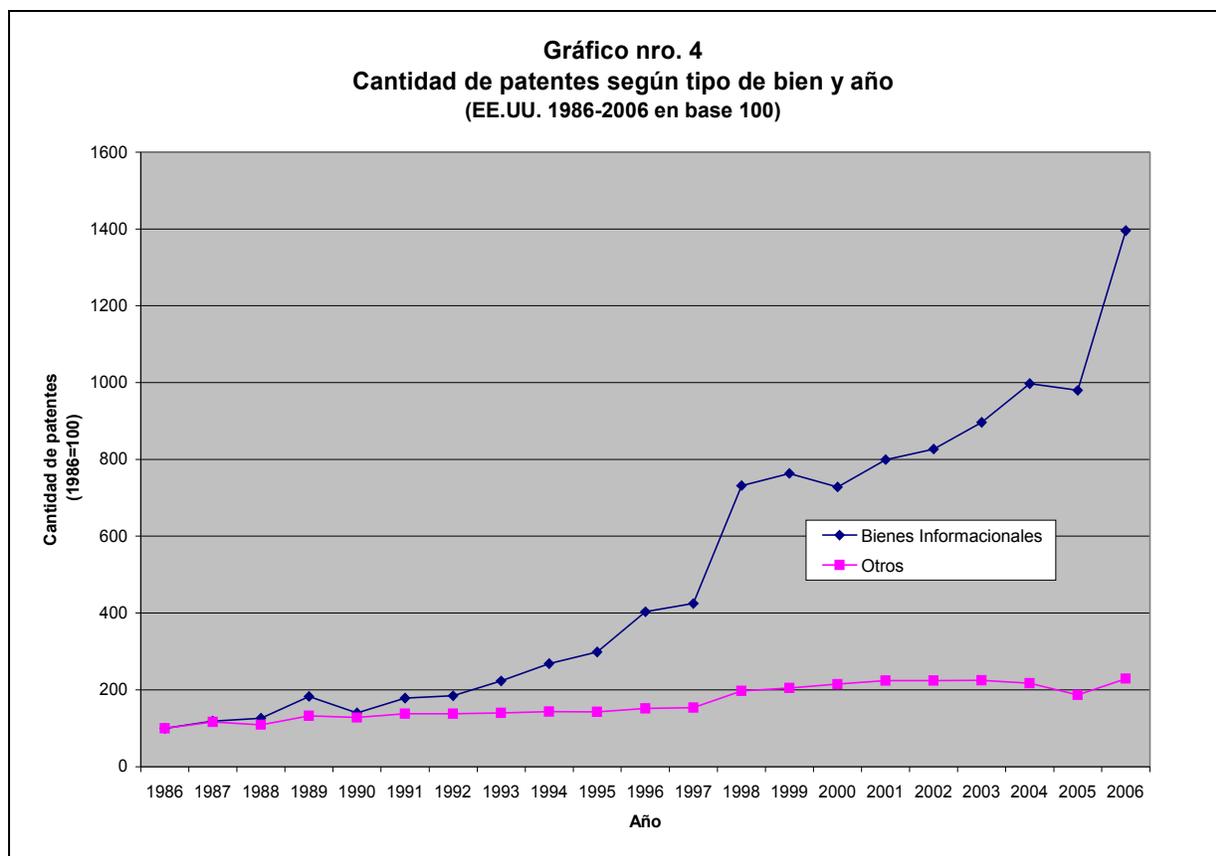
Evidentemente, como destaca la elipse punteada, la pendiente ascendiente se torna violentamente empinada a partir de 1979. Es tan claro que la curva muestra una permanente tendencia creciente como que en el capitalismo cognitivo esa tendencia se radicaliza de manera distintiva².

Pero ¿qué relación tiene ese crecimiento con los Bienes Informacionales? Veamos más de cerca el período que va entre 1986 y 2006, como aparece en el gráfico nro. 3.



Fuente: Elaboración propia en base a datos de la Unites States Patents and Trademark Office (USTPO), Electronic Information Products Division, Patent Technology Monitoring Team (PTMT).

El total de solicitudes de patentes anuales se ha multiplicado por 2,55 en veinte años. Pero la pregunta es cómo se distribuye este crecimiento entre los Bienes Informacionales y el resto de los bienes. Para responderla separamos ambos tipos y los pusimos en base 100. El resultado puede verse en el gráfico nro. 4.



Fuente: Elaboración propia en base a datos de la United States Patent and Trademark Office (USPTO), Electronic Information Products Division, Patent Technology Monitoring Team (PTMT).

Puesto de manera comparada, el incremento de las patentes otorgadas a los bienes no informacionales representa una ligera inclinación, frente a la pronunciada pendiente ascendente de las relativas a los BI. Numéricamente, mientras estos últimos se multiplicaron por 14, los primeros lo hicieron por 2,3. Un trabajo algo más refinado con los datos podría incrementar aún más la diferencia.

Así, parece claro que la expansión cuantitativa de las patentes está altamente correlacionada con la expansión de los BI. Aunque, en modo alguno, esto sea concluyente, los datos son enormemente consistentes con nuestra hipótesis.

Puede formularse una objeción diciendo que lo que explica el incremento diferencial en el patentamiento de estos bienes no es el hecho de que sean informacionales, sino el que se trate de productos de alta innovación tecnológica. Que el peso de la información digital en sus procesos productivos (y por ende el temor a su replicación) no es la clave, sino el hecho de que sean procesos de 'alta tecnología' —en el sentido de la clasificación de la OCDE—. Sin descartar del todo

esta objeción, caben aquí tres respuestas resumidas: i) Durante todo el capitalismo industrial siempre hubo ramas que estaban en la frontera tecnológica. Sin embargo, el patentamiento en ellas era notablemente menor que en la actualidad. Como vimos en el gráfico nro. 2, la pendiente de patentamientos en ningún período se asemejó a la de los últimos veinticinco años. ii) los BI patentados no son necesariamente muy innovadores. De manera cada vez más acentuada, las patentes en software y biotecnología no surgen de un gran salto inventivo, sino de la intención de bloquear a la competencia capitalista y a las esferas no capitalistas sabiendo que el conocimiento que se ha obtenido se escurre digitalmente. iii) Aunque habría que hacer algunas precisiones, parecería que ciertos productos que son altamente intensivos en tecnología no son bienes informacionales y no presentan el incremento en patentamiento de los BI. Sería el caso de la industria aeroespacial. Resumidamente, da la sensación de que lo que explica el patentamiento no es la novedad sino la búsqueda de detener el perjuicio que la replicabilidad de la información digital representa para la empresa que 'hunde' costos en procesos de investigación y desarrollo. Cuando la amenaza de la copia es menor (como en los procesos productivos donde el peso relativo de la materia y la energía involucradas sigue siendo alto: la industria aeroespacial) la urgencia por el patentamiento decae.

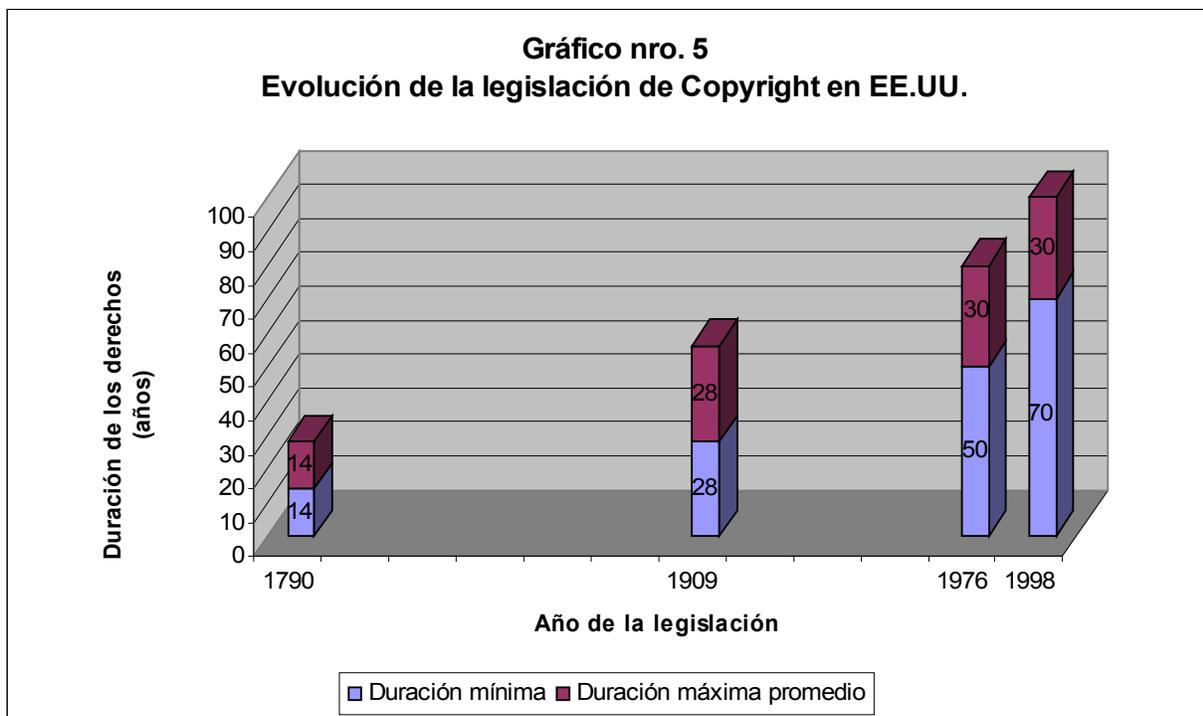
Como veremos en la sección V, el incremento en la cantidad de los bienes protegidos por la propiedad intelectual también se debe a la extensión de la misma sobre nuevos entes. Pero, antes, analicemos el aumento de su duración.

IV Incremento en la Duración

Como es sabido, los incrementos en la duración de los derechos conferidos se manifiestan de manera violenta en el caso del copyright, no así en el de las patentes. Veámoslos por separado.

La historia del copyright en los EE.UU. comienza en 1790. En ese año se conceden 14 años de privilegio exclusivo para la edición de la obra literaria, renovables por otros 14 años si el autor seguía vivo al fin del primer término. Sin embargo, según Lessig (2004:153), sólo para el 5% de las obras publicadas entre 1790 y 1800 se solicitó el copyright. En 1909, se produce una extensión consistente en duplicar los plazos: 28 años de protección inicial y otros 28 años de renovación. Sin embargo, el gran salto es con la mencionada Copyright Act de 1976, ya en el surgimiento del capitalismo cognitivo. Además de la concesión automática mencionada en la sección anterior, la modificación incluye un cambio en la forma de calcular los plazos y jerarquiza una nueva

variedad de titulares de los derechos. El cambio está en que se instituye que la duración sería igual a lo que quede de vida al autor más 50 años. Esto deja de lado el sistema de renovación, mermando la cantidad de obras que pasan a engrosar el dominio público. Respecto de los nuevos titulares, el acta se aparta de la idea del autor individual, de carne y hueso, y legisla específicamente sobre los casos en los que la titularidad de las obras recae en corporaciones. Claro, la cláusula de cierta cantidad de años con posterioridad a la muerte no se aplica a una empresa, por lo que se establece que a las compañías les corresponden derechos exclusivos por 75 años. Esta modificación respecto del espíritu original de los derechos de autor merecería una serie de comentarios aparte que no podemos desarrollar aquí. Pocos años más tarde, en 1998, los plazos vuelven a ampliarse: la vida del autor más 70 años o 95 años para los titulares corporativos. Considerando una vida media de los autores posterior a la publicación de sus obras de 30 años (Tor y Oliar, 2002: nota al pie 47), en el gráfico nro. 4 vemos resumidamente el incremento de la duración del copyright en EE.UU.



Fuente: elaboración propia en base a Fisher, 1999; Lessig, 2004.

La renovación automática y las extensiones de 1976 y 1998 tienen consecuencias enormes en la duración media del copyright.

El efecto de estos cambios en la duración media del copyright es drástico. En 1973 más del 85% de los dueños de copyright no llegaban a renovarlo. Eso significaba que

el plazo medio de copyright en 1973 era solamente 32.2 años. Debido a la eliminación del requisito de renovación, el plazo medio de copyright hoy día es el plazo máximo. En treinta años, por tanto, el plazo medio se ha triplicado, de 32.2 años a 95 años. (Lessig, 2004:135)

Aunque evidentemente todas las transformaciones en el orden del copyright actúan sobre los BI, el efecto más importante de estas extensiones temporales no es, contrariamente a lo que suelen señalar los críticos, directo. De hecho, la vida media de la mayoría de los materiales protegidos no supera el par de años. A su vez, los análisis históricos asocian las extensiones de 1976 con el lobby de los propietarios de obras que estaban por pasar al dominio público pero que seguían teniendo un valor comercial: se habla frecuentemente de la Mickey Mouse Act, en alusión a la presión de Disney para su sanción. No hay aquí un combate frontal contra los BI.

A diferencia de la renovación automática o la titularidad concedida a empresas, la pura prolongación tiene sobre el capitalismo cognitivo un impacto indirecto. Es el de ir transformando una institución que, como vimos, buscaba engrandecer el dominio público en una pura propiedad privada. En efecto, entre los plazos actuales y decretar que el copyright es un derecho eterno del autor –o, más probablemente, de la compañía- no hay mayor diferencia. Así, la prolongación de la duración del copyright se entronca con el movimiento de ir convirtiendo derechos monopólicos acotados en propiedad sin límites.

Respecto de las patentes, no parece haber grandes incrementos temporales. Apenas la extensión del mínimo de 17 a 20 años de duración con el TRIPS.

Sin embargo, cabe anotar dos fenómenos importantes. Por un lado, la duración de los derechos exclusivos no debería verse como una cantidad nominal, sino en relación a la vida útil de los conocimientos sobre los que operan. Es decir, el beneficio social de una tecnología dada –el fin perseguido por las legislaciones de patentes del capitalismo industrial- surge de la diferencia entre el tiempo de vida útil de tal tecnología y el tiempo de la patente. Supongamos que la vida útil de los conocimientos objetivados en un artefacto es de 30 años, y que luego se vuelven obsoletos. Si la patente es de 17 años, el beneficio social es de 13 años. Algo así ocurría en el capitalismo industrial. Pero en el capitalismo cognitivo los BI tienen una obsolescencia muchísimo más veloz. Si la vida útil de los saberes cristalizados en un chip es de (siendo generosos) 4 años, y la patente *sigue siendo* de 17 años, el beneficio social es de -13. Así, la obsolescencia de los BI sirve al fin de engrandecer la porción privada de conocimientos útiles y disminuir la pública, sin necesidad de extender la duración de las patentes. Por otro lado, las patentes también se extienden de una

manera no sancionada legalmente: mediante la creciente práctica de repatentar la vieja invención con una pequeña modificación para impedir la difusión y reutilización de los conocimientos que porta.

V

Incremento en el Alcance

El incremento en *el radio de alcance* de los derechos de propiedad intelectual es el punto más notable respecto de la expansión de estos derechos en el capitalismo cognitivo. Tal incremento se basa en tres tipos de movimientos: a) la ampliación del radio del copyright y las patentes para alcanzar a los BI1, yendo más allá e, incluso, en contra de la lógica original que los animaba b) la creación de nuevos regímenes sui generis para complementar a los derechos de autor y la propiedad industrial, particularmente, respecto de los BI2 c) la incorporación de nuevos entes a la esfera mercantil bajo la forma de biotecnologías y la consecuente readecuación de la legislación de patentes –también contraria a su tradición- para subsumir a la materia viva presente en los BI3. Veamos esto en relación a cada tipo de BI.

a) Bienes Informacionales primarios

Si bien el copyright originalmente estaba orientado sólo hacia obras literarias, durante el capitalismo industrial fue extendiéndose para abarcar música, películas, fotografías, etc. Esto no es lo que nos interesa. Al fin y al cabo se trata de bienes sumamente emparentados cuya inclusión adapta el espíritu fundante a novedades tecnológicas. El giro se produce cuando en 1976 la mentada Copyright Act incluye al software: una institución pensada para proteger creaciones artísticas, bienes de consumo, productos culturales comienza a aplicarse a un medio de producción, a 'el' medio de producción de la etapa naciente. A una herramienta productiva, un generador de ganancias de productividad, un tipo de instrumento propio de los regímenes de patentes. Pero la contradicción, la tensión que genera la escisión entre cultura y economía que mencionamos más arriba y la tendencia de los BI a resquebrajarla se aprecia de manera casi graciosa en el artículo 10 inciso 1 del TRIPS, que es la primera aparición del software bajo copyright en un tratado multilateral (UNCTAD, 2005:158). En él se lee que los programas de computadora deben ser protegidos *como obras literarias*. No tiene sentido transitar aquí los malabarismos argumentales de los redactores de estas normativas para intentar explicar en qué se parece una creación empresarial de aplicación tecnológica a una obra artística de un autor

individual³. Nada nos diría de los motivos reales de la protección del software bajo copyright. Un primer paso para comprenderla parece surgir de la existencia de una firme tradición que impedía registrar algoritmos matemáticos como patentes. Los softwares, en efecto, son sólo una sucesión de ceros y unos. Sin embargo este argumento presenta limitaciones. Una es que poco a poco los softwares sí han ido consiguiendo, cada vez más, ciertas patentes⁴. Otra es que parece que su inclusión bajo el copyright fuera una incoherencia, que la unión que textos, música, imágenes y software bajo la misma institución fuera un mero accidente. En realidad, creemos, ocurre todo lo contrario. *Esa unión simboliza el núcleo duro de la fundación legal del capitalismo cognitivo*. La coherencia surge dejando de lado las dicotomías del capitalismo industrial y notando que *el copyright aún a todos los BI, es decir a todos los bienes que son pura información digital*. Lo que tienen en común es su máxima fragilidad frente a la replicabilidad. En este sentido, otra forma de formular nuestra hipótesis es que la propiedad intelectual irá cada vez menos operando sobre la base de la división derechos de autor-propiedad industrial, y cada vez más según el grado de información digital insumo que contengan los bienes en cuestión. El copyright ya se ha amoldado a los BI. Más adelante veremos que pasa con los otros BI. Retomando, no es que el software se proteja con copyright por una injusta exclusión del mundo de las patentes. Lo hace porque obtiene una cobertura mucho mayor con aquél que con éstas. Recordemos: la protección es automática – sin solicitudes –, por 95 años y sin revelar el funcionamiento de aquello que se protege. Este no es un detalle menor. Recordemos que Coca-Cola nunca pidió una patente sobre su fórmula para evitar exponer su secreto. El copyright no obliga –a diferencia de las patentes- a explicar, detallar, esquematizar el principio técnico del ente que se protege. Claro, esto no tendría sentido respecto de obras artísticas. Pero con el truco de colocar un medio de producción como obra literaria se evita que en el caso de que en algún momento venciera la protección, los componentes intermedios, los módulos de los programas, pudieran ser reutilizados.

b) Bienes Informacionales secundarios:

Cabría suponer que los circuitos integrados o chips podían ser perfectamente asimilados por las legislaciones de patentes del capitalismo industrial. Sin embargo, hacia mediados de la década del '80 los EE.UU. notaban como las industrias japonesas, mediante ingeniería reversa, imitaban con pequeñas variantes los semiconductores norteamericanos. Con costos marginales de producción bajísimos y ahorrándose los gastos de I+D, la competencia iba ganando espacio frente a los desarrolladores originales. Contrariamente al acento puesto por la sociología de la ciencia y la

tecnología y la economía evolucionista en la importancia de los 'conocimientos tácitos', las compañías del sudeste asiático obtenían una topografía o layout del chip, la digitalizaban y, usando su capacidad instalada, lo reproducían.

Ante esta situación, los EE.UU. establecieron en 1984 una protección sui generis, es decir, distinta de patentes, copyright u otras formas de propiedad intelectual conocidas. Mediante la Semiconductor Chip Protection Act (SCPA) formalizaron un régimen especial a través del cual se protegían las topografías (los planos tridimensionales) de los bienes informacionales secundarios, incluyendo una cláusula sobre ingeniería reversa y otra que sólo brindaría protección en los EE.UU. a los productos de empresas que adoptaran legislaciones similares. Así, Japón y Europa debieron seguir la tendencia. Finalmente, los artículos 35, 36, 37 y 38 del TRIPS estatuyen este régimen sui generis de protección de layouts industriales a nivel mundial.

c) Bienes Informacionales terciarios

Hasta aquí, la propiedad intelectual ha aparecido como una forma de *reforzar el status mercantil* de determinados bienes. Retrocedamos momentáneamente al capitalismo industrial. Un libro o una máquina *ya eran mercancías* hechas y derechas aunque no contaran con copyright o patentes. Ambos se producían, compraban y vendían. El establecimiento de las distintas formas de monopolios sobre ellos servía, sencillamente, para evitar la disminución de su precio, pero operaba con bienes cuyo ingreso al mundo del intercambio capitalista ya había ocurrido y no encontraba mayores objeciones. Ya en el capitalismo cognitivo, otra cosa ocurre con los BI1 y BI2. Ellos *se crean ex nihili* como mercancías apoyados en la propiedad intelectual desde el momento de su concepción. Creación, mercantilización y propiedad intelectual se dan en conjunto. Pero con los BI3 ocurre algo distinto de los dos casos anteriores: *se transforma en mercancía algo que ya existía y durante mucho tiempo no lo era*. Durante casi la totalidad de su existencia, las legislaciones sobre patentes mantuvieron ciertas exclusiones, ciertas limitaciones al patentamiento. Quizás el caso más notable hayan sido las patentes sobre los entes biológicos. Sin embargo, en 1980, con la decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso *Diamond vs. Chakrabaty*, se habilitó por primera vez el patentamiento en un organismo vivo. A partir de entonces, éste se expandió enormemente. En el TRIPS se halla consagrado de manera ambivalente en el artículo 27 inciso 3b, como resultado de los intensos debates en su redacción. Aunque en teoría sólo se puede patentar un organismo sobre el que se ha operado una intervención que justifica la patente, en la práctica modificaciones genéticas menores dan lugar a la obtención de

derechos exclusivos sobre la totalidad del ser vivo que se modificó y que, obviamente, preexistía a la intervención científica⁵. *De este modo, la expansión en el alcance de las patentes respecto de la materia viva no significa, como en otros bienes, un refuerzo de la mercantilización, sino el pasaporte para introducir en la esfera capitalista entes que habían permanecido ajenos a ella durante mucho tiempo.* Más aún, los conocimientos que se objetivan en las patentes respecto de determinados BI3, ni siquiera se desarrollan por completo en laboratorios de investigación. Muchas veces se trata de conocimientos colectivos tradicionales que se sistematizan, objetivan y patentan (Visser, 2004; Wuger, 2004). Así, los saberes populares preexistentes sobre –pongamos por caso- determinado vegetal y la información genética portada por el vegetal mismo, ingresan al mundo de las mercancías de la mano del patentamiento.

Ahora bien, el precio que paga el capitalista por mercantilizar esos conocimientos está en el riesgo de trabajar con un bien informacional. Esto es, para ingresar en el proceso productivo de BI3 los conocimientos –saberes tradicionales e información genética- han debido traducirse a flujos de información digital, que servirá como insumo decisivo en tal proceso.

Sin embargo, hay que insistir en que la particularidad de los procesos productivos de BI3 no está en el patentamiento como movimiento defensivo para evitar la caída en el precio de la mercancía por la replicabilidad de su insumo principal. Esto ocurre en los tres tipos de BI. Lo propio y específico de la expansión en el patentamiento de BI3 radica en el avance ofensivo de la esfera capitalista, del ámbito privado, sobre la naturaleza y los conocimientos públicos.

En resumen, la ampliación del radio del copyright para incluir patentes, la creación de un régimen especial para impedir la copia de los chips y el avasallamiento de la tradicional frontera de las patentes respecto de la vida, manifiestan el avance de la propiedad intelectual para subsumir a los bienes informacionales primarios, secundarios y terciarios, respectivamente.

Conclusiones

El capitalismo es un movimiento hacia la mercantilización creciente...

En esta etapa el eje está en la mercantilización de ciertas formas de conocimiento...

En este artículo hemos intentado argumentar que el capitalismo cognitivo se está constituyendo alrededor de las siguientes operaciones: i) la unificación de un conjunto de derechos monopólicos ii) su legitimación bajo la expresión “propiedad intelectual” iii) la constitución de un marco institucional que bregue por su aplicación iv) la expansión de los derechos de propiedad intelectual en cuanto a su magnitud, duración y alcance.

Sin embargo, nada de esto indica que estos procesos representen una adaptación exitosa o aporoblemática. Más allá de las batallas políticas y jurídicas en curso, de los debates éticos, de las implicancias para la relación centro-periferia, persiste otro interrogante más profundo: ¿basta la propiedad intelectual para subsumir a los Bienes Informacionales a la lógica de la propiedad privada? ¿O la misma ontología replicable de la información digital tornará obsoletas a las instituciones de la propiedad intelectual tal como las conocemos hoy en día? No lo sabemos, pero parece probable que estas preguntas marquen buena parte de la agenda del siglo XXI.

Bibliografía:

- BETTIG, Ronald (1996) *Copyrighting Culture The political economy of intellectual property* Westview Press, Colorado.
- BLONDEAU, Olivier (1999), "Génesis y subversión del capitalismo informacional", en Rodríguez, Emanuel y Sánchez, Raúl (Compiladores) *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, Madrid: Traficantes de Sueños.
- BOLDRIN, Michele y LEVINE, David (2002) "The Case Against Intellectual Property" *American Economic Review Papers and Proceedings*, v92, n2 (May 2002)
- BOUTANG, Yann Moullier (1999), "Riqueza, propiedad, libertad y renta en el capitalismo cognitivo", en Rodríguez, Emanuel y Sánchez, Raúl (Compiladores) *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, Madrid: Traficantes de Sueños.
- CAFASSI, Emilio (1998) "Bits, moléculas y mercancías" en Finquelievich y Schiavo (compiladoras) *La ciudad y sus TICs: tecnologías de información y comunicación*, Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- COASE, Ronald (1960), "The problem of social cost" en *The Journal of Law and economics*, volumen III.
- COLE, Julio (2001) Patents and copyrights: do the benefits exceed the costs? *Journal of Libertarian Studies* Volume 15, no. 4 (Fall 2001), pp. 79–105.
- CORREA, Carlos (2006) "Economía de las patentes, el Acuerdo TRIPS y la Salud Pública" en *Propiedad Intelectual y Tecnología*, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- DE SOLA POOL, Ithiel (1990) *Technologies without Boundaries: On Telecommunications in a Global Age*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- DEMSETZ, Harold (1970) "The private production of public goods", en *Journal of Law and economics*, nro. 13
- DRAHOS, Peter (2004) "Who Owns the Knowledge Economy? Political Organising behind the TRIPs", Briefing 32, The Corner House, September
- FISHER, William III (1999). "The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States". Disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/property99/history.html>.
- _____ (2001), "Theories of Intellectual Property Rights", mimeo. Disponible en <http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/iptheory.html>
- FRANKLIN, Benjamín (1984) [1909], *The Autobiography of Benjamin Franklin*, Collier & Son, New York .

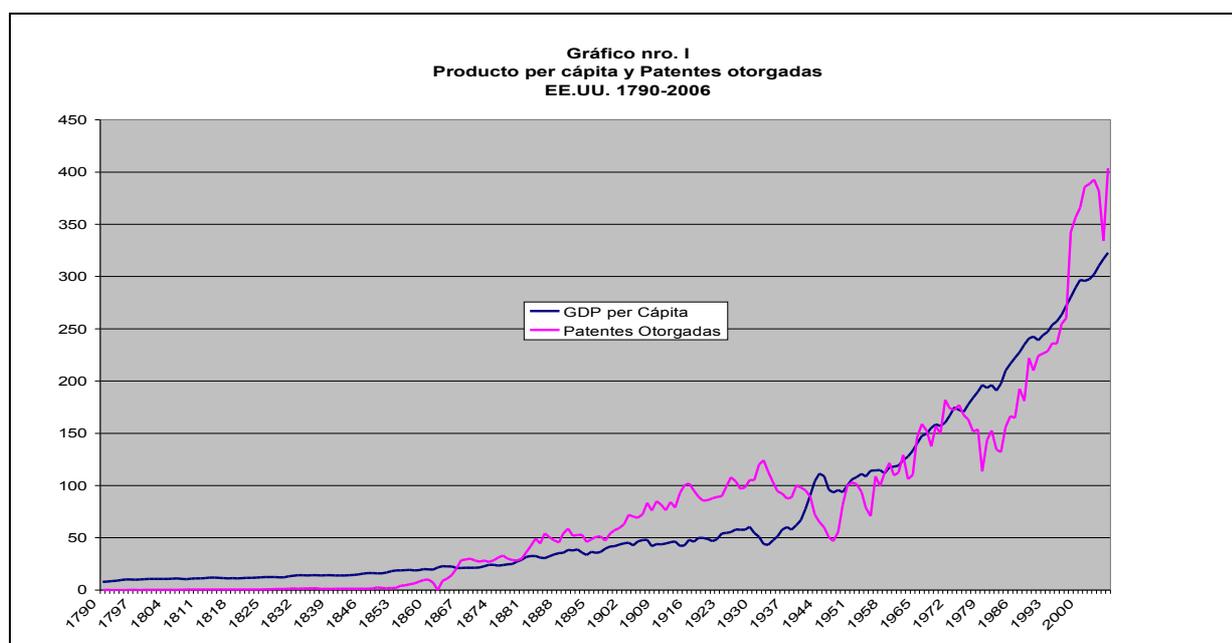
- FORAY, Dominique (2004) *The Economics of Knowledge*, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, Massachusetts.
- GERVAIS, Daniel (2002) "The internationalization of intellectual property: new challenges from the very old and the very new" *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, nro 12; Primavera de 2002, pp. 929 -990.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, (2004) [1821], *Principios de la Filosofía del Derecho Sudamericana*, Buenos Aires.
- HIMMA, Kenneth (2006) "The Justification of Intellectual Property: Contemporary Philosophical Disputes Berkeley Center for Law and Technology", paper 21.
- HUGHES, Justin (1988) "The Philosophy of Intellectual Property", en *Georgetown Law Journal*, 287.
- KINSELLA, Stephan (2001) "Against Intellectual Property," *Journal of Libertarian Studies* (Vol. 15 Num. 2), Spring 2001: 1-53.
- KITCH, Edmund (2000) "Elementary and persistent errors in economic analysis of intellectual property" en *Vanderbilt Law Review*, 53.
- KOCH, Adrienne y PEDEN, William (1972) *The life and selected writings on Thomas J. Jefferson*, Nueva York : Modern Library.
- LANDES, William y POSNER, Richard (1989) "An economic analysis of Copyright Law" en *Journal of Legal Studies*, 18.
- LEMLEY, Mark (2004) "Property, Intellectual Property, and Free Riding", John M. Olin Program in Law and Economics, Stanford Law School. Working Paper No. 291 Agosto de 2004. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=582602>
- LENGYEL, Miguel F. y BOTTINO, Gabriel (2006) "Los países de América Latina, el sistema mundial de comercio y el desarrollo: El caso de la propiedad intelectual", en *Propiedad Intelectual y Tecnología*, La Ley, Buenos Aires.
- LESSIG, Lawrence (2004) *Free Culture: The Nature and Future of Creativity*, New York: Penguin Books.
- _____ (1999) *Code and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York.
- MARX, Karl, (1972) [1857] *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política* (Grundrisse), vol. 2, Siglo XXI, México.
- _____ (1996) [1873] *El Capital*, siglo XXI, México.
- MASSOT, Juan Miguel (2006), "Análisis Económico de los derechos de propiedad intelectual en semillas" en *Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola*, CPI, Heliasta y Universidad Austral, Buenos Aires
- NETANEL, Neil Weinstock (1996) "Copyright and a Democratic Civil Society", 106 *Yale Law Journal* 283, páginas 306 a 363, Estados Unidos
- NOZICK, Robert (1974) *Anarquía, Estado y Utopía*. Fondo de Cultura Económica, México.
- PALMER, Tom G. (1990) Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13 p.817-865.
- PENROSE, Edith [1951](1974) *La Economía del sistema internacional de patentes*. Siglo Veintiuno Editores, México
- ROJAS, Luis Alejandro "Impacto de las patentes para el servicio de energía eléctrica en Bogotá", *Cuadernos de Economía*, v. XXIV, n. 43, Bogotá, 2005, páginas 161-196.
- REICHMAN, Jerome H. (1995) Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a Restructured International Intellectual Property System. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 13:pp. 475-520.

- RULLANI, Enzo (2000) "El capitalismo cognitivo ¿un déjà- vu?," Rodríguez, Emanuel y Sánchez, Raúl (Compiladores) *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, Madrid: Traficantes de Sueños.
- SAMUELSON, Paul (1966 a) [1954] "The pure theory of public expenditure" en Samuelson Paul y Stiglitz, Joseph (comps) *The collected scientific papers of Paul A. Samuelson*, MIT Press, Cambridge.
- SCHROEDER, Jeanne L. (2004) Unnatural rights: Hegel and Intellectual property Benjamin N. Cardozo School of Law, *Working Paper No. 80*.
- SELL, Susan K., (2004) "Using Ideas Strategically: The Contest Between Business and NGO Networks in Intellectual Property Rights" *International Studies Quarterly* 48, 143–175.
- SHAVELL, Steven y VAN YPERSELE, Tanguy (2001) "Rewards versus intellectual property rights", *Journal of Law and Economics*, vol XLIV
- TAMBORNINI, Ezequiel (2003), *Bioteología: la otra guerra*, Fondo de Cultura Económica
- TOR, Avishalom y OLIAR, Dotan Incentives to create under a lifetime-plus-years copyright duration: lessons from a behavioral economic analysis for eldred v. Aschcroft.
- U.N.C.T.A.D. (2005) *Resource Book on TRIPS and Development*, Nueva York: ICTSD-Cambridge University Press.
- U.S.P.T.O. Patent Counts By Class By Year january 1977 - december 2006. Disponible en <http://www.uspto.gov/go/taf/cbcby.htm>
- VARIAN, Hal (1995) Differential Pricing and efficiency Disponible en www.sims.berkeley.edu
- _____ y SHAPIRO, Carl: (2000) *El dominio de la Información*. Antoni Bosch, Madrid.
- VERCELLI, Ariel (2004) *La conquista silenciosa del ciberespacio* Tesis de Maestría en Ciencia Política y Sociología de FLACSO, Buenos Aires disponible en www.arielvercelli.org/blog/libros.php
- VISSER, Coenraad (2004) "Making intellectual property laws work for traditional knowledge" en Finger, Michael y Schuler, Philip (compiladores) *Poor people's knowledge*, Washington: Oxford University Press, Banco Mundial.
- WOOLEY, Scott (2006) "Prizes No Patents" en revista *Forbes*, 18/04/06. Disponible en www.forbes.com/2006/4/18
- WUGER, Daniel (2004) "Prevention of misappropriation of intangible cultural heritage through intellectual property laws" en Finger, Michael y Schuler, Philip (compiladores) *Poor people's knowledge*, Washington: Oxford University Press, Banco Mundial.
- ZIZEK, Slavoj (2003) *El sublime objeto de la ideología*, Buenos Aires: Siglo XXI
- ZUKERFELD, Mariano (2007) "La teoría de los Bienes Informacionales: Música y Músicos en el Capitalismo Informacional". En Perrone y Zukerfeld, *Disonancias del Capital*, Buenos Aires: Ediciones Cooperativas.
- _____ (2007) "El Conocimiento y los Bienes Públicos", ponencia en el Simposio sobre Sociedad de la Información en las 36 JAIIO, Mar del Plata.
- _____ (2006) Bienes Informacionales y Capitalismo Cognitivo: Conocimiento, Información y Acceso en el sgló XXI, *Revista Razón y Palabra*, diciembre de 2006, disponible en: www.razónypalabra.org.mx.

Notas

¹ Esté artículo debería complementarse con un sexta sección que se ocupara del avance de la propiedad intelectual en términos geográficos. En ella se revisaría la expansión de la *jurisdicción* de la propiedad intelectual alrededor del acuerdo conocido como TRIPS.

² Este argumento puede discutirse. Una forma sensata de hacerlo es señalar que la evolución de las patentes no puede medirse in abstracto, sino que debe compararse con los incrementos del producto y de la población de referencia. O, mejor, con el producto per cápita, que reúne ambas variables. Esto es lo que hacemos en el gráfico número I, poniendo ambas series en base común 1950=100.



Efectivamente, la evolución del producto per cápita explica en parte el ritmo de crecimiento del patentamiento. Una causa sencilla de este fenómeno puede radicar en la doble ligazón entre innovación tecnológica y crecimiento económico: por un lado, la prosperidad alienta las inversiones en I+D que derivan en patentamientos, por otro, los productos y procesos surgidos de la inversión en I+D generan ganancias de productividad que impulsan el crecimiento económico. Sin embargo, aún en esta comparación es notable que la pendiente del patentamiento del período '80-'06 es notablemente más aguda que la del incremento del producto per cápita. Por supuesto, este gráfico invita a otras reflexiones, que escapan a las posibilidades de este trabajo.

³ Por ejemplo: "When computer programs were invented, policy makers had the option of either proposing a new form of intellectual property protection *sui generis*, or using an existing protection system. Prompted by court decisions in the United States, and legislative changes in the United States, France and other European countries, a decision was made to consider computer software as a "literary work" protected by copyright. It was reasoned that software was "written." (Gervais, 2002: 950)

Evidentemente, surgen obstáculos a este tipo de argumentos:

"How inappropriate the concept of copyright is to computer communications becomes evident as we examine how the law has to squirm to deal with the simplest problems. . . . The process of computer communication entails processing of texts that are partly controlled by people and partly automatic. They are happening all over the system. Some of the text is never visible but is only stored electronically: some is flashed briefly on a terminal display; some is printed out in hard copy. . . . The receivers may be individuals and clearly identified, or they may be passers-by with access but whose access is never recorded; the passer-by may only look, as a reader browsing through a book, or he may make an automatic copy; sometimes the program will record that, sometimes it will not. To try to apply the concept of copyright to all these stages and actors would require a most elaborate set of regulations. It has none of the simplicity of checking what copies rolled off a printing press. . . ." (De Sola Pool, 1990: 254-59.)

Como se desarrolla en el cuerpo del texto, las causas reales del encuadramiento del software bajo copyright no surgen de argumentos débiles, sino de imperiosas conveniencias materiales. Por cierto, imperiosas al extremo de lograr que un disparate argumental pueda ser sostenido elevado al rango de legislación mundial.

⁴ Hasta los años '80 tanto las oficinas de patentes de los EE.UU. (la USPTO) como las cortes resistieron el patentamiento del software, básicamente sobre la base de que los programas de computación constituían algoritmos matemáticos, que por ende eran fenómenos de la naturaleza y, como tales, no eran invenciones patentables. Un ejemplo típico de este razonamiento puede encontrarse en el caso *Gottshalk vs. Benson*, 409 U.S. 63 de 1972. Pero en 1981, en el histórico caso *Diamond vs. Diehr*, 450 U.S. 175 la Corte Suprema de los EE.UU. empezó a debilitar este argumento y a iniciar un viraje doctrinario, convalidando el otorgamiento de la patente para un software que servía para monitorear la temperatura dentro de un molde de goma sintética. ¿Qué significa esto teóricamente? Que se empiezan a conceder patentes a los programas siempre y cuando se los relacione con un uso industrial específico. Esto es, mientras la patente se niega al programa en sí –algoritmo matemático–, se otorga al programa en relación a una aplicación determinada –que pasa a ser una invención industrial–. ¿Qué significa en la práctica? Que las cortes federales comenzaron a adoptar una postura cada vez más concesiva con el patentamiento del software (Fisher, 1999). Los números son claros al respecto: en 1992, la USPTO ya concedía la no despreciable suma de 1600 patentes de software anuales. Pero en el 2000 ya teníamos 17.000, y la cifra sigue escalando (Foray, 2004:150).

Ahora bien, es claro que desde nuestro punto de vista el argumento legal no alcanza ni someramente para explicar el viraje. Llamativamente, la idea de que los algoritmos matemáticos no pueden ser patentados es primero relativizada y luego bombardeada justo cuando el software se vuelve el principal medio de producción del capitalismo. No hay que hacer mucho esfuerzo para reconocer a la necesidad económica detrás de la pirueta teórica. Al igual que en el caso mentado de tratar al software como obra literaria o del que se verá más adelante de permitir el patentamiento de la materia viva, las necesidades que el grado de desarrollo de las fuerzas productivas imponen a las relaciones sociales de producción capitalistas obligan a que la coherencia doctrinaria sea un bien prescindible. En todos estos casos la robustez argumental, la solvencia histórica y aún la apariencia formal son lujos que han de sacrificarse en el altar de las premuras utilitarias. Los BI están aquí y, por más buena voluntad que pongan los jueces tan comprometidos con el pasado como con el futuro del capitalismo, no podrán servir a dos amos. Inefablemente, normar el capitalismo cognitivo significa pisotear las doctrinas del capitalismo industrial.

⁵ Este tipo de ambigüedad legal respecto de la materia viva se observa también en la Directiva 98/44/EC del Parlamento Europeo y del concejo sobre protección legal de invenciones biotecnológicas. En efecto, en su Parágrafo 1 Artículo 5 establece que el cuerpo humano o el descubrimiento de cualquiera de sus elementos, incluyendo una secuencia de genes, no pueden ser considerados como invenciones patentables. Pero el parágrafo siguiente establece que un elemento aislado del cuerpo humano, incluida una secuencia genética, puede constituir una invención patentable aun si la estructura de ese elemento es idéntica a un elemento natural. Como dice Foray "Lo que era un descubrimiento no patentable en el primer párrafo, se vuelve una invención patentable en el segundo (Foray, 2004: 134 traducción propia). La pregunta es ¿por qué edificios jurídicos tan sofisticados presentan contradicciones o ambigüedades tan evidentes? Nuestra hipótesis es sencilla. Las jurisprudencias se encuentran desgarradas entre dos mandatos opuestos, entre las órdenes contradictorias de dos amos a los que deben servir. Uno es un conjunto de principios éticos decantados en las tradiciones valorativas fundantes de la modernidad occidental. Para ellos, la vida es sagrada y el patentamiento de entes biológicos fue siempre un tabú. El otro es el mercado, el agregado de intereses económicos que presiona por la subsunción de la vida a la mercantilización. El punto interesante es que en el caso del TRIPS y de la Unión Europea, la victoria de la legalidad mercantilizadora no es total: debe ceder, en aspectos formales, en búsqueda de una legitimación que todavía se basa en los valores morales de una racionalidad moderna y humanista, centrada en el sujeto y todavía ampliamente extendida en la actualidad.