

**Capitalismo y Conocimiento**  
Materialismo Cognitivo, Propiedad Intelectual y  
Capitalismo Informacional

**Volumen III**

Las regulaciones del Acceso a los conocimientos en el  
Capitalismo Informacional:  
Propiedad Intelectual y más allá.

Mariano Zukerfeld

## Índice del Volumen III

### **Las regulaciones del Acceso a los Conocimientos en el Capitalismo Informacional: Propiedad Intelectual y más allá**

#### **Primera Sección:**

##### **El término Propiedad Intelectual**

Introducción a la primera sección

##### **Capítulo I:**

###### **Unificación**

- i. La familia múltiple de los derechos exclusivos sobre el conocimiento
- ii. Escueta historia cualitativa del significante propiedad intelectual
- iii. Insistente evidencia cuantitativa sobre la unificación
- iv. La unificación y las dicotomías del capitalismo industrial

##### **Capítulo II:**

###### **Propertización**

- i. Derechos sobre el conocimiento y Propiedad: Una relación tensa.
- ii. La propertización como fenómeno jurídico  
Escueta evidencia cuantitativa  
Agobiante enumeración cualitativa
- iii. La propertización en los debates académicos
- iv. La propertización en los discursos de los titulares de los derechos
- v. La propertización: nuevos roles y nuevos ropajes

Resumen y conclusiones de la primera sección

#### **Segunda Sección:**

### **La expansión de los derechos de propiedad intelectual en el Capitalismo Informacional**

Introducción a la primera sección

##### **Capítulo III:**

###### **La expansión en la duración, magnitud y alcance**

- i. Incrementos en la Magnitud  
Copyrights  
Trademarks  
Patentes
- ii. Incrementos en la duración
- iii. Incremento en el alcance  
Información Digital, la expansión sobre el software: Copyright y patentes  
Información Digital, Bases de datos: Derecho Sui generis y Copyright  
Los Conocimientos de Soporte Biológico y las patentes  
El CSI Reconocimiento y los flujos de Atención: el “Right of publicity”

## **Capítulo IV:**

### **La expansión en términos de legislación, litigios y jurisdicción**

- i. Incremento en la legislación
  - Las palabras y las leyes
  - Las leyes y las penas
- ii. Incremento en los litigios
  - Litigiosidad civil
  - Litigiosidad penal
  - Litigiosidad y Capitalismo Informacional
- iii. Expansión jurisdiccional
  - El impulso inherente: Propiedad privada física, Propiedad intelectual y expansión jurisdiccional
  - La coyuntura histórica: medicamentos, software y multinacionales norteamericanas

Resumen y Conclusiones de la Segunda Sección

## **Tercera Sección:**

### **Más allá de la Propiedad Intelectual**

Introducción a la Tercera Sección

## **Capítulo V:**

### **La Esfera Pública No Estatal, la Apropiación Incluyente y la Computación en la Nube**

- i. Los Conocimientos Doblemente Libres y la Esfera Pública No Estatal
  - Las licencias GPL
  - Las Licencias Creative Commons
  - La expansión de una esfera pública no estatal
  - Los Conocimientos Doblemente Libres
- ii. Los Conocimientos Doblemente Libres y la Apropiación Incluyente
  - Software libre y Capitalismo: Otra mirada al SL/CA
    - Lenguajes de programación: ¿mercancías no propietarias?
    - Linux como mercancía
  - El debate por los Contenidos Creados por los Usuarios
  - Google y los datos
  - Presentando a la Apropiación Incluyente
- iii. La Computación en la Nube: ¿La respuesta a la replicabilidad de la Información Digital?

Resumen y Conclusiones de la Tercera Sección

## **Conclusiones Generales**

## **Bibliografía**

## **Notas**

# Índice Resumido de los Volúmenes I y II

## **Volumen I:**

### **El Materialismo Cognitivo y la Tipología de los Conocimientos**

Introducción general

*Primera Sección:* Introducción al Materialismo Cognitivo

Capítulo I: El Materialismo Cognitivo como ontología del Capitalismo Informacional

Capítulo II: El Materialismo Cognitivo como gnoseología: La Tercera Posición

*Segunda Sección:* Algunos antecedentes en las Ciencias Sociales: Crítica y Recuperación

Capítulo III: Las teorías de los Bienes Públicos: Externalidades, Rivalidad, Exclusión y otros debates

Capítulo IV: Explicitando el Conocimiento Tácito

Capítulo V: Tipos de tipologías: Algunos antecedentes

*Tercera Sección:* Desde la Tipología de los Conocimientos hasta los Procesos Productivos

Capítulo VI: La Tipología de los Conocimientos en base a sus Soportes

Capítulo VII: Las Operaciones simples, la Traducción y los Procesos Productivos

## **Volumen II**

### **Los Conocimientos y la regulación del Acceso en el Capitalismo: una perspectiva histórica**

*Primera Sección:* El período Preindustrial

Capítulo I: Los flujos de Conocimientos en el Período Preindustrial

*Segunda Sección:* El Capitalismo Industrial

Capítulo II: Materia/Energía, Conocimientos de Soporte Subjetivo y Objetivo: Técnicas, Tecnologías e Información en el Capitalismo Industrial

Capítulo III: Los CSI Lingüísticos, Organizacionales, Reconocimiento y Axiológicos en el Capitalismo Industrial

Capítulo IV: Los CSI Normativos: el Autor, el Inventor y la regulación de los flujos de conocimientos en el Capitalismo Industrial.

*Tercera Sección:* El Capitalismo Informacional

Capítulo V: Cantidades, calidades, intensidades y regulaciones de la Materia/Energía en el Capitalismo Informacional

Capítulo VI: Los Conocimientos de Soporte Biológico orgánicos y posorgánicos en el Capitalismo Informacional

Capítulo VIII: Los Conocimientos de Soporte Subjetivo: Técnicas, educación y trabajo en el Capitalismo Informacional

Capítulo VII: Los Conocimientos de Soporte Objetivo I: las Tecnologías Digitales...

Capítulo IX: Los Conocimientos de Soporte Objetivo II: la Información Digital

Intermezzo: Todo lo que Ud. quiso saber sobre Internet y nunca se interesó en Googlear.

Capítulo X: Los CSI Lingüísticos: Lenguajes y palabras en el Capitalismo Informacional

Capítulo XI: Los CSI Organizacionales: La Empresa Red y la Producción Colaborativa

Capítulo XII: El CSI Reconocimiento: las Redes y los Dividuos

Capítulo XIII: El CSI Axiológico: La Atención como valor

# **Primera Sección:**

## **El término Propiedad Intelectual**

## Introducción

Como vimos largamente en el segundo volumen de esta obra, el grueso de los derechos que solemos aglutinar *hoy* bajo la expresión “Propiedad intelectual” no son una novedad del Capitalismo Informacional. Aunque hay quien los rastrea hasta la antigua Roma (De la Durantaye, 2007), el origen de su significado moderno suele fecharse en el 1474, en Venecia (Penrose, 1951:6). Vimos, también, la importancia del Estatuto de Monopolios de 1623, el Acta de Ana de 1710, de la estabilización judicial de regímenes de copyright y patentes hacia fines del siglo XVIII y de la internacionalización de los regímenes de Derechos de Autor y Propiedad Industrial, mediante los Convenios de Berna y París.

Sin embargo, el Capitalismo Informacional realiza respecto de esos derechos exclusivos sobre el conocimiento un conjunto de operaciones cuya trascendencia creemos difícil de sobreestimar. Algunas de ellas son evidentes, y han ganado el debate público. Se trata de las virulentas expansiones en términos de *magnitud, duración, alcance, legislaciones, litigiosidad y jurisdicción* de los derechos. Nos ocuparemos de ellas en los capítulos III y IV. No obstante, otras operaciones son mucho más sutiles, aunque no menos preñadas de consecuencias. En este sentido, la presente sección está dedicada a discutir dos movimientos tan esenciales como poco advertidos ocurridos en torno del *término*<sup>1</sup> “Propiedad Intelectual”<sup>2</sup>. Pero volamos a los dos movimientos que anunciamos. Uno de ellos, que ocupará el primer capítulo, es el de la reciente *Unificación* de numerosos y divergentes derechos en torno del significativo Propiedad Intelectual. Aunque parezca llamativo, la operación de denominar con ese término a un amplio grupo de regulaciones jurídicas es sumamente reciente.

El segundo movimiento relativo al término “Propiedad Intelectual” se expresa en la tendencia hacia la asociación creciente de tales derechos sobre el conocimiento con el poderoso significativo “propiedad”. A esta operación que -siguiendo a varios autores- llamamos *Propertización*, le consagramos el Capítulo II.

# **Capítulo I**

## **Unificación**

En este capítulo partiremos de constatar que una mirada a los derechos exclusivos sobre el conocimiento nos ofrece un panorama múltiple. Compararemos a los derechos más conocidos, respecto de una decena de variables. Además de ofrecer al lector ajeno al mundo de la propiedad intelectual ciertos datos sobre cada uno de estos derechos, esto tiene por objetivo poner de manifiesto las divergencias entre ellos. De hecho, veremos que no es fácil dividir a tales normas en grupos dicotómicos como los que signaban al capitalismo industrial. Particularmente, la distinción Derechos de autor–Propiedad Industrial, que regía el período anterior, ya no resulta práctica para ordenar las regulaciones capitalistas sobre el conocimiento. A continuación, nos enfocaremos en discutir si efectivamente hay un movimiento hacia la unificación. Esto nos llevará a recorrer la historia del término “propiedad intelectual” y, luego, a tratar de demostrar cuantitativamente i) que el término propiedad intelectual no se usaba en el capitalismo industrial para agrupar a los derechos exclusivos sobre el conocimiento; ii) que a partir del período que llamamos capitalismo informacional sí lo hace. En este sentido nos apoyaremos en estadísticas sobre los usos del término en periódicos, publicaciones científicas y fallos judiciales. Finalmente, nos interrogaremos por el significado de este movimiento unificador. ¿Cómo es que justo cuando los derechos sobre el conocimiento se vuelven más ajenos entre sí, más múltiples y menos dicotómicos, se produce la unificación? Simplificadamente, el retroceso de las dicotomías economía-cultura, instrumental-consumatorio, trabajo-ocio, etc., y el avance de los procesos productivos informacionales parecen ofrecer parte de la respuesta.

### **(i) La familia múltiple de los derechos exclusivos sobre el conocimiento**

Aunque hoy nos resulte habitual utilizar el término Propiedad Intelectual para designar a un conjunto de derechos sobre distintas formas de conocimiento como si fueran parte de una misma y única institución, quisiéramos sugerir que esta naturalidad del gesto semántico opaca el pasado inmediato y aún ciertos rincones del presente de tales derechos. En efecto, el “copyright”, las patentes, las “trademarks”, el derecho de publicidad, los “trade secrets”, la protección de las topologías de semiconductores, las indicaciones geográficas, los derechos sobre bases de datos, el llamado “traditional knowledge” y otros miembros de la familia ensamblada de la propiedad intelectual cuentan con genealogías heterogéneas, legitimaciones divergentes y marcos jurídicos no del todo afines. Para expresar tanto la cosanguineidad como las tensiones que se producen entre estos derechos, tal vez sea útil sistematizar sus relaciones respecto de algunas variables<sup>3</sup>. No nos interesan aquí las diferencias detalladas, la individualización de cada título jurídico, sino el trazo grueso, las coincidencias y oposiciones que entre ellos se producen<sup>4</sup>. El lector quizás vea facilitada la lectura apoyándose en el gráfico I.1

i. La primera variable es la relativa a las *finalidades* que los animan. El copyright y las patentes comparten la intención de incentivar a los individuos a producir distintos tipos de conocimientos y dar a conocer los frutos de sus labores creativas. Pero los trade secrets, las trademarks, el right of publicity y las legislaciones sobre traditional knowledge tienen objetivos distintos. En los primeros se protege la voluntad de una empresa o individuo de mantener ciertos conocimientos en privado. Los trade secrets representan, así, el anverso de las patentes, que se diseñaron para promover la difusión de los conocimientos valiosos. Las trademarks, por su parte, no fueron creadas para incentivar a los autores e inventores ni para proteger los secretos de las empresas. Se introdujeron para preservar el funcionamiento eficiente de los mercados, evitando que las marcas apócrifas confundan a los consumidores. El right of publicity defiende, en primera instancia, el control de un individuo respecto de su



imagen, su voz, etc. A su vez, los derechos sobre el traditional knowledge resguardan los conocimientos colectivos de un pueblo. Para simplificar más aún, puede decirse que las diferencias respecto de la finalidad enfrentan, de un lado, al copyright, las patentes, las topologías de semiconductores, la protección de bases de datos y, de otro, a los tradeseecrets, las trademarks, el right of publicity y la protección del traditional knowledge. En los primeros, la vocación explícita del legislador fue *impulsar* directamente la producción y difusión de conocimientos, en los segundos, *proteger* conocimientos creados de manera instrumental o no.

ii. La segunda variable es el *área de la vida social* que estos derechos afectan. Aunque volveremos sobre este punto más adelante, introducimos aquí la idea general de que algunos de ellos son de índole puramente económica: las patentes, las trademarks y la protección de bases de datos, entre los que consideramos aquí, pero también las indicaciones geográficas y la protección de topografías de semiconductores. En cambio, otros derechos, como los derechos de autor, el copyright, el right of publicity y las distintas modalidades de protección del 'traditional knowledge' tienen el objetivo primigenio de actuar sobre la cultura de una sociedad. Aún cuando las legislaciones respaldatorias tengan efectos económicos, su objetivo está indisolublemente ligado a estimular o proteger la producción simbólica de un colectivo social. La demarcación que se produce alrededor de esta variable, entonces, es distinta de la que se daba en la anterior. Nótese, por caso, que los derechos de autor y las patentes aparecen en territorios separados aquí.

iii. Estos derechos también presentan diferencias respecto de la *f fuente jurídica original* en la que se basan. Más allá de las legislaciones puntuales de cada caso, el copyright y las patentes se hallan amparados por el mentado texto constitucional. Las trademarks, en cambio, se recuestan en el derecho comercial, en las defensa de la competencia, en las leyes antifraude, etc. Naturalmente, esto surge de lo señalado en el ítem i. El origen de los trade secrets, en cambio, está en la Common law, esto es, en las normas sancionadas por la costumbre. Por último, el Right of publicity, además de la Common Law, está respaldado por el derecho de privacidad, por el derecho individual de decidir respecto de la medida en que los actos personales han de quedar recludos en el ámbito privado o bien pasar al dominio público.

iv. La *duración* de los derechos es un aspecto interesante para la comparación. En el caso de los derechos de autor, las patentes, la protección de bases de datos y las topologías de semiconductores, se trata de una extensión acotada. Aunque los tiempos pueden variar considerablemente –desde 95 años para el copyright en manos de una empresa hasta los 15 años de una base de datos-, la noción que se mantiene, al menos por ahora, es la de derechos transitorios. En cambio, los trade secrets cuentan con protección permanente hasta el momento en que los conocimientos involucrados toman estado público. Así, no hay límites temporales de ninguna índole. Con las trademarks ocurre lo mismo: la protección es perpetua, salvo abandono por parte del titular. Estas diferencias no son puramente nominales. Como veremos cuando hablemos del fenómeno de la propertización, la perpetuidad es un elemento que acerca los derechos sobre el conocimiento a la idea de propiedad privada física, a la vez que las limitaciones temporales los alejan de ella.

v. La conocida distinción entre idea y expresión, fue desarrollada por Fichte, con otros términos, hacia fines del siglo XVIII<sup>5</sup>. A partir de allí, se fue extendiendo la práctica de legislar de tal modo que los derechos de autor y el copyright adjudicaran a los autores derechos exclusivos sobre la expresión que habían dado a las ideas. La *forma* se protegía, pero el *contenido*, las ideas mismas, quedaban más allá del dominio del creador, pudiendo ser tomadas y reutilizadas por los lectores, oyentes o espectadores. Expandiendo esta distinción respecto de si la legislación protege la forma o el contenido, encontramos que en el caso de las patentes es éste último el que está custodiado. En efecto, cualquier uso del

principio técnico que gobierna al artefacto patentado infringe la norma. No es el asumir una forma en particular la que produce la ilegalidad, sino la utilización del contenido, de las ideas que sustentan un implemento. Lo mismo ocurre con los trade secrets: la forma en que se usen los conocimientos secretos es indistinta, lo que se resguarda es el contenido mismo. Si tal contenido se usa para producir una máquina o para servicios de consultoría, lo mismo da. Las trademarks, por su parte, se parecen a los derechos de autor, dado que aquello que se preserva es un arreglo particular de símbolos. Del mismo modo funciona la protección de las bases de datos, restringiendo el acceso a la particular expresión que supone una compilación determinada, pero no a los datos que la componen, que suelen ser públicos. Finalmente, el right of publicity se asemeja, curiosamente, a las patentes y los trade secrets, dado que actúa sobre el contenido. No es una expresión particular de la figura de una celebrity la que se ampara –p.ej. una foto de una pop star- , sino cualquier manifestación de esa personalidad – cualquier foto *posible* de esa figura-. En resumen: patentes, trade secrets y right of publicity, fiscalizan el *contenido*. Derechos de autor, copyright, trademarks y la protección de bases de datos, vigilan la *forma*.

vi. Una diferencia importante entre los diversos derechos es respecto de si ellos permiten o no que un creador produzca, *de manera independiente y sin previo conocimiento*, un bien que se hallaba custodiado por alguno de ellos. Por ejemplo, supongamos que A ha obtenido una patente sobre un artefacto X . Si B desarrolla un artefacto Y similar, pero sin estar al tanto de X, ¿puede introducir el producto Y en el comercio? En el caso de las patentes la respuesta es negativa. La protección no permite la creación independiente. Lo mismo ocurre con las trademarks, en las que el objetivo de señalar convenientemente el mercado sólo puede cumplirse cuando una marca se corresponde con un único detentor: las creaciones independientes generarían confusión entre los consumidores. Los derechos de autor, en cambio, permiten creaciones independientes. Esto se desprende en parte de la protección de la expresión/forma y no de las ideas/contenido. Distintos autores pueden crear productos extremadamente similares -mientras no medie la copia- y obtener sus derechos respectivos. En el caso de los trade secrets, aunque se proteja el contenido y no la forma, las creaciones independientes son permitidas. Esto se debe a que el único objetivo de esta legislación es proteger la difusión de información confidencial. Si alguien elabora conocimientos similares a los protegidos pero de manera autónoma, no hay violación alguna del secreto.

vii. Otro aspecto en el que los derechos exhiben parámetros distintos es el de si un *umbral de creatividad* es requerido para su concesión. Esto es, si la originalidad de la obra, de la invención, etc., es un requisito para obtener los derechos. La respuesta es sin dudas afirmativa para las patentes –uno de los requisitos para el patentamiento es la novedad- y los derechos de autor –que reclaman el carácter original-. En menor medida, parece serlo también para los trade secrets, que exigen que los conocimientos no tuvieran estado público. Sin embargo, en situaciones de creación independiente de trade secrets, los conocimientos no serían estrictamente originales. A su vez, los trade secrets pueden proteger informaciones rutinarias, como listas de clientes. En cambio, la creatividad decididamente no es un requisito para las trademarks. El conocimiento protegido, habitualmente el apellido del titular, puede y suele no tener nada de creativo. Algo parecido ocurre con la protección de bases de datos: los datos involucrados no son en modo alguno creados por el titular de los derechos.

viii. Como veremos en detalle más adelante, las sanciones a la transgresión de las normas vigentes sobre los distintos derechos han variado fuertemente en los últimos años. En particular, la punición penal ha expandido su influencia notablemente. Pero también aquí estamos ante una distribución heterogénea. Aunque en todos los casos las sanciones civiles son las que predominan, en los derechos de patentes, right of publicity, traditional knowledge, y bases de datos, son las únicas existentes. No hay allí ninguna legislación ni precedente que amerite el castigo penal. En cambio, en el copyright, los trade secrets y las

trademarks, las legislaciones que permiten las sanciones penales se han expandido rápidamente en los últimos años<sup>6</sup>.

ix. Por último, los derechos pueden compararse en función de las *legitimaciones* que los respaldan. Simplificando, podemos decir que hay dos grandes tipos de justificaciones. Por un lado, las teorías de los derechos morales y por otro, las teorías utilitarias. Las teorías de los derechos morales se basan en anclar los derechos sobre el conocimiento en las prerrogativas inalienables de los individuos, en el carácter justo o injusto de ellos y en asumir que su existencia de hecho es anterior al reconocimiento de derecho. A su vez, esta categoría tiene dos variedades: la teoría del trabajo –basada en Locke- y la teoría de la personalidad –basada en Kant, Fichte y, sobre todo, Hegel-. La teoría del trabajo considera que los individuos obtienen derechos como consecuencia de haber depositado su esfuerzo, su energía laboral en la obra o invención en cuestión. La teoría de la personalidad entiende que los sujetos producen el objeto y se producen a sí mismos exteriorizando su voluntad, objetivándose en el mundo. Así, los productos de la actividad intelectual son manifestaciones inescindibles de la personalidad individual y, por ende, le pertenecen a ésta. En cambio, las teorías utilitarias, se basan en cálculos, acertados o no, respecto del bienestar social. En vez de pensar en derechos de los individuos, evalúan los efectos de las regulaciones respecto de la circulación de conocimientos sobre el colectivo social. Para estas teorías, la llamada propiedad intelectual tiene como marco la necesidad de solucionar el problema de las externalidades positivas del conocimiento. Los derechos se piensan aquí como *monopólicos* pero *acotados*: el objetivo es generar incentivos suficientes para los productores de conocimientos y, a la vez, limitar los efectos negativos que las ineficiencias de los precios de monopolio generan. Teniendo en cuenta esta descripción elemental, es claro que la legitimación predominante en Copyrights y Patentes ha sido y es utilitarista. Hay que mencionar, igualmente, que durante el capitalismo industrial las justificaciones relativas a los derechos morales tuvieron un profundo impacto en las legislaciones de derechos de autor. Especialmente en Europa continental, la teoría de la personalidad se expresó reiteradamente en diversas piezas jurídicas. Aún en el caso del copyright norteamericano, hay fallos donde la teoría del trabajo aparece invocada. Las trademarks, por su parte, también parecerían ampararse en la lógica utilitarista. El fin buscado es la eficiencia del mercado, el non plus ultra del utilitarismo. Sin embargo, la justificación utilitarista del copyright y las patentes no funciona aquí: se trata de una protección permanente y no transitoria, y no tiene por fin – o no lo tenía en sus orígenes- incentivar la inversión. En cambio, en el caso de los trade secrets el componente de las teorías de los derechos morales podría ser importante. No es la eficacia mercantil el fin buscado, sino resguardar el producto del trabajo del titular. Lo mismo ocurre con el right of publicity. La privacidad, un derecho puramente individual, está en el origen de estas legislaciones, como vimos más arriba. Además, la teoría hegeliana de la personalidad se aplica aquí fácilmente. Las celebrities manifiestan su ser en su imagen, voz, gestos, etc, y éstos, por ende, les pertenecen. De hecho, en una visión más actual, en la que la imagen pública es vista como el producto del trabajo de una celebrity, la teoría lockeana cuadra con naturalidad. El right of publicity protege, en esos casos, los frutos del esfuerzo laboral del individuo en cuestión, materializado, por caso, en su apariencia. Siendo un derecho sumamente distinto, la protección del traditional knowledge comparte el basarse en derechos morales: son principios de justicia y de la preexistencia de los derechos respecto de los estados los que lo legitiman. Sin embargo, es notable que no se trate aquí de derechos morales que puedan asimilarse a las versiones más difundidas de las justificaciones del trabajo ni de la de la personalidad. En efecto, ambas han sido utilizadas habitualmente para proteger derechos de los individuos, pero el traditional knowledge es, por definición, colectivo. En resumen, entonces, el copyright, las patentes y las trademarks son justificados sobre bases utilitaristas, aunque los derechos de autor también se apoyan en las legitimaciones de los derechos morales. Los

trademarks, el right of publicity y el traditional knowledge, por su parte, se justifican decididamente en base a éstos últimos.

Habiendo completado este breve análisis, presentamos un resumen del mismo en el siguiente cuadro.

Gráfico I.1

Comparación entre diversos derechos de propiedad intelectual en base a finalidad, área de aplicación, fuente jurídica, duración, protección de forma/contenido, protección de la creación independiente, tipo de castigo y teorías legitimatorias)

	Patentes	Derechos de autor-Copyright	Trademarks	Trade Secrets	Otros
<b>Finalidad</b>	Incentivar la producción y difusión de avances tecnológicos	Incentivar la producción y difusión de obras literarias y artísticas	Proteger el mercado y evitar engaños a los consumidores	Proteger los secretos valiosos en términos comerciales	<i>Right of publicity</i> Proteger los productos de la personalidad individual
					<i>Traditional knowledge</i> Proteger los productos de una cultura
<b>Área social de aplicación</b>	Economía	Cultura	Economía	Economía	<i>Right of publicity</i> Cultura
					<i>Traditional knowledge</i> Cultura
					<i>Bases de datos</i> Economía
<b>Fuente Jurídica</b>	Claúsula Const.	Cláusula Const.	Código de Comercio	Common law	<i>Right of publicity</i> Derecho de privacidad Common law
<b>Duración</b>	Acotada	Acotada	Perpetua	Perpetua	<i>Bases de datos</i> Acotada
					<i>Right of publicity</i> Perpetua
<b>Protección de Forma/ Contenido</b>	Contenido	Forma	Forma	Contenido	<i>Bases de datos</i> Forma
					<i>Right of publicity</i> Contenido
<b>Creación independiente</b>	No	Sí	No	Sí	

Umbral de Creatividad/ Originalidad	Sí	Sí	No	Sí-No	<i>Bases de datos</i> No
Tipo de castigo	Civil	Civil y Penal	Civil y Penal	Civil y Penal	<i>Right of publicity</i> Civil
					<i>Bases de datos</i> Civil
					<i>Traditional knowledge</i> Civil
Teorías legitimatorias	Utilitarista	Utilitarista	Utilitarista	Derechos morales	<i>Right of publicity</i> Derechos morales
		Derechos morales			<i>Traditional knowledge</i> Derechos morales

Fuente: Elaboración propia

Una mirada al esquema permite, entendemos, comprender intuitivamente las afinidades y diferencias que signan a los distintos derechos exclusivos sobre el conocimiento<sup>7</sup>. En este sentido, es fácil confirmar la idea que nos convoca: no hay ningún rasgo que sea afín a todos ellos. Consecuentemente, encontrar una base para reunir a esos derechos resulta una tarea ímproba, partiendo de las legislaciones y doctrinas jurídicas que los enmarcan. Pero tampoco es sencillo encontrar una extrañeza absoluta: no hay ningún derecho que no presente varias coincidencias con otros. Las heterogeneidades, así, no se expresan demarcando grupos claros. Algunos derechos se parecen en algunas variables, otros en otras. Ninguna agrupación particular parece funcionar muy bien.

Notablemente, si tomamos la noción habitual de "propiedad industrial", utilizada para reunir a las patentes y las trademarks, nos encontramos con que estos derechos presentan un 66% de diferencias en las variables analizadas, por lo que la conjunción no parece muy natural.

En fin, los derechos exclusivos sobre el conocimiento que hoy se agrupan usualmente bajo el término propiedad intelectual son enormemente diversos. Consecuentemente, uno podría hipotetizar que no hay bases para una unificación terminológica. Esto, claro está ha sido notado por varios autores. Por ejemplo:

The term "intellectual property" operates as a catch-all to lump together disparate laws. Non-lawyers who hear the term "intellectual property" applied to these various laws tend to assume they are instances of a common principle, and that they function similarly. Nothing could be further from the case.(... )

These laws originated separately, evolved differently, cover different activities, have different rules, and raise different public policy issues. Copyright law was designed to promote authorship and art, and covers the details of a work of authorship or art. Patent law was intended to encourage publication of ideas, at the price of finite monopolies over these ideas--a price that may be worth paying in some fields and not in others. Trademark law was not intended to promote any business activity, but simply to enable buyers to know what they are buying; however, legislators under the influence of "intellectual property" have turned it into a scheme that provides incentives for advertising (without asking the public if

we want more advertising). (Stallman, 2006:1)

Matizando un poco, quizás convenga decir que los distintos derechos que hoy nominamos como PI tienen un 'aire de familia' entre sí: hay algunas similitudes entre ellos, pero persisten diferencias notables. En este sentido se expresa Wendy Gordon:

As noted, the conventional label for the field has become 'Intellectual Property', but the label is not fully accurate...As mentioned above, the various doctrines of IP have at most a 'family resemblance', in Wittgenstein's sense: no one defining characteristic is necessary or sufficient for making something 'intellectual property', but there will be many common characteristics between any two of the doctrines, and when the group is viewed together a family resemblance may be perceived. (Gordon, 2003: 618)

Esto es, no hay ninguna característica única que compartan *todos* los derechos de propiedad intelectual. Cada eje que se propone deja a algunos derechos de un lado y a otros de otro.

For example, copyright and rights of publicity involve free riding, that is, copying. By contrast, a patent or a trademark can be infringed even by someone who has not copied. (Nevertheless, the ordinary patent and trademark case probably involves copying.) In the United States, copyright and patent are alike in protecting products that result from some intellectual (more than merely laborious) effort, while in the Commonwealth nations the 'originality' needed for copyright may be sufficiently provided by sweat of the brow. There are other exceptions to the apparent importance of 'intellectual' content to 'intellectual property'. Notably, database rights in the European Union attach to labor and funds invested independently of creativity; trademark law requires neither intellectuality nor originality in choosing or devising a mark; and trade secrecy can protect even the most routine of productions, such as lists of customers. (Gordon, 2003: 618, 628)

Ahora si hay una multiplicidad de derechos, o aún de grupos dentro de ellos, debería haber una multiplicidad de denominaciones. Sin embargo, a continuación trataremos de demostrar que ocurre todo lo contrario. Al capitalismo informacional le resultará sumamente importante el 'aire de familia' que menciona Gordon.

## **(ii) Breve historia cualitativa del término propiedad intelectual**

Las divergencias e incompatibilidades entre las distintas legislaciones reguladoras de los conocimientos explican en parte un hecho histórico: el que tales legislaciones no fueran vistas como parte de la misma institución durante largos años, cómo indican las citas precedentes. El 'aire de familia', entonces, parecía no bastar para que estos diversos derechos, alumbrados por la racionalidad instrumental y estatuidos por las sociedades industriales, se percibieran como parte de una unidad durante el capitalismo industrial.

Notablemente, el predominio de los factores divergentes se manifestaba en el *escaso uso de un término que reuniera esos derechos*. Aunque la historia de la expresión "propiedad intelectual" no es clara, la referencia más antigua que hemos encontrado es del filósofo alemán Christian Sigmund Krause. En 1783, escribía que:

... is too obvious that the concepto of intellectual property is useless. My property must be exclusively mine; I must dispose of it and retrieve it unconditionally." (Krause, "Über den Büchernachdruck," *Deutsches Museum*, 1 (January-June, 1783), 415-17 citado en Woodmansee, 1984: 443)

En Francia, el término parece haber aparecido hacia principios del siglo XIX. La primera referencia escrita fehaciente es de un trabajo publicado originalmente en 1814. En el

Benjamín Constant dedica una extensa nota al pie ubicada al final del texto a criticar la "propiedad que algunos llaman intelectual". (Constant, [1814] 1818: 296 -299).

Sin embargo, y más allá de la curiosa coincidencia de que la frase se haya utilizado para ser criticada en ambas referencias, hay que decir que en esos casos tenía un significado distinto al que le damos hoy. *Refería únicamente a lo que en la actualidad conocemos como derechos de autor*. Aparentemente, la función unificadora emerge por primera vez recién en octubre de 1845, siglos después de que las patentes y los copyrights estuvieran sancionados legalmente. Esa primera aparición se da en los EE.UU. en el caso *Davoll et al. v. Brown*, (Massachusetts Circuit Court). En él, el juez Charles L. Woodbury escribió que:

...only in this way can we protect intellectual property, the labors of the mind, productions and interests are as much a man's own...as the wheat he cultivates, or the flocks he rears. (1 Woodb. & M. 53, 3 West.L.J. 151, 7 F.Cas. 197, No. 3662)

Un año después, en 1846, el autor francés A. Nion menciona la frase "propriété intellectuelle" en su texto *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*. En términos de libros norteamericanos, la primera mención no judicial parece ser por parte de Kohler y Picard, hacia fines del siglo XIX (Reichman, 1995: 480).

Pero, más allá de este amanecer tímido del término, el capitalismo industrial no tuvo mayor necesidad de él. Junto con la percepción de la ajenidad entre los derechos de copyright y patentes, la modesta importancia económica que se les concedía posiblemente haya obrado en este sentido. En cualquier caso, *el final de ese período y el advenimiento del capitalismo informacional marcan un cambio de tendencia notable, incrementando vertiginosamente el uso de la frase*. Como señala William 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).

A continuación intentaremos comenzar a desarrollar el argumento que sugiere Fisher con dos ejemplos meramente ilustrativos. El primero de ellos proviene de la Constitución de los EE.UU. Ella contiene una cláusula específicamente dedicada a sentar los lineamientos básicos para que el Congreso elaborara legislación relativa a los derechos sobre el conocimiento.

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)

Evidentemente, la frase "propiedad intelectual" -o cualquier otro término que unificara los derechos de copyright, patentes y otros- no se encuentra presente, aunque el 'aire de familia' se reconoce en la reunión de ambos tipos de prerrogativas en la misma cláusula. Ahora, más allá de la ausencia del término unificador en la Constitución de 1787, vale la pena detenerse brevemente en dos hitos respecto de los encuadres que a este párrafo le han dado los juristas que lo han estudiado en años posteriores. Esos encuadres, ciertamente, resignifican epocalmente la letra invariable de la redacción original. Se trata de dos textos que suelen mencionarse como referencias respecto del origen y significado del texto constitucional citado -p.ej. vid. Merges, Menell y Lemley (2006: 370) o, mejor, de los *títulos* de esos textos. El primero de ellos es de 1929, su autor es Kart Fenning y se titula *The origin of the Patent and Copyright clause of the Constitution*. Aquí no hay mayores sorpresas, se nombra a la cláusula en base a las dos legislaciones que originó. La división entre dos áreas parece respetar el espíritu de la redacción original y de la forma en que el campo era conocido durante el

capitalismo industrial. La segunda obra canónica tiene por autor a Edward Walterscheid. Pero, habiendo sido publicada en 2002, el influjo del movimiento unificador del capitalismo informacional se deja sentir desde su título: *The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective*. La sobreimpresión del término propiedad intelectual es notable. Comparada con la otra referencia, manifiesta el cambio en la forma de nombrar a los derechos exclusivos sobre el conocimiento. Por supuesto, este cambio en la denominación de la cláusula de marras es más una marca de los tiempos que una arbitrariedad del texto de Walterscheid -como atestiguan los trabajos del mismo Walterscheid, 1998; Fisher, 1999<sup>8</sup>; Ben Atar, 1999; Black y Mac Raild, 2000; Treanor, 2000; Schwarz y Treanor, 2004; Oliar, 2006; Smith, 2007; Sprigman, 2007; Caputo, 2007 entre otros. Todos ellos comparten el referirse al párrafo transcrito como "la cláusula de la propiedad intelectual". Así, parecería que algún fenómeno semántico, que no había acontecido al menos en los largos años transcurridos entre 1790 y 1930, ocurrió en la segunda mitad del siglo XX. Más aún, la utilización de la expresión "propiedad intelectual" desnuda no sólo una modificación en la forma de referirse a la cláusula, sino, sobre todo, la *naturalización* de esa modificación. Sin mediar en estos textos del siglo XXI discusión alguna respecto de la pertinencia de la denominación, ésta se estampa con la inmediatez -en sentido hegeliano- que los acuerdos tácitos de una época suponen. Esto se vuelve especialmente llamativo al observar la curiosa tensión que recorre todo el texto de Walterscheid y que se expresa en el vínculo entre el título y el subtítulo de éste. Mientras el segundo proclama una vocación histórica, respetuosa de las motivaciones y circunstancias que guiaron a los redactores del texto constitucional, el primero renuncia a ella mediante un procedimiento descontextualizador inconciente que los historiadores llaman *anacronismo psicológico*. Como señalan Black y MacRail, éste consiste en "the false assumption that past people thought about things in the same way that we do" (Black y MacRail, 2000: 74). El anacronista adjudica a las mentes del pasado las categorías intelectuales con las que él y su época -su campo, clase, etc.- piensan el presente. Titular como "la cláusula de la Propiedad Intelectual" a un ítem jurídico que ni en su contemporaneidad ni en el siglo y medio posterior a su sanción había sido concebido o descrito de ese modo parece un ejemplo típico de ese lecho de Procusto temporal. El trabajo de Walterscheid está preñado de incoherencia: la falta de autoconciencia respecto de la propia historicidad se traduce en la incompatibilidad entre la voluntad de precisión histórica declamada y el ejercicio del sesgo, ya no sólo anacrónico, sino performativo, que supone la incrustación acrítica del término Propiedad Intelectual.

En segundo lugar, otra fuente que plasma el movimiento centrípeto desde un haz de regulaciones diversas hacia el magneto semántico y jurídico de la 'propiedad intelectual' es la de los diccionarios y enciclopedias. Si la información que proveen se utiliza con cierto respeto a los desajustes temporales que la habitan<sup>9</sup>, unos y otras proveen buenos indicadores de los procesos culturales de cristalización de significados. Tanto los términos que se incluyen como los que se excluyen, y dentro de los primeros, los significados que se les otorgan y las fechas de ingreso de una *entrada*, expresan el grado de consolidación de cierta noción en determinados estratos de un colectivo cultural. En nuestro caso, ese colectivo es el de las sociedades occidentales del capitalismo industrial. Para ellas, hegemonizadas por la anglófona, no parece haber dudas respecto de que las dos referencias académicas más importantes son el Oxford English Dictionary (OED) y la Enciclopedia Británica. Cuando consultamos ambas referencias sobre la frase Propiedad Intelectual encontramos datos sugerentes.

En el caso del *OED*, el término Propiedad Intelectual no se incorpora sino hasta la edición de 1989<sup>10</sup>. Es decir, quién hubiera recurrido a la fuente de autoridad del más reputado diccionario de habla inglesa durante casi todo el siglo XX no habría encontrado ninguna referencia a la idea de que el copyright, las patentes y otros derechos sobre el conocimiento



eran parte de una misma unidad conceptual. La *Encyclopædia Britannica*, por su parte, también ha hecho una incorporación tardía del término. Este estaba ausente por lo menos hasta la edición de 1964<sup>11</sup>. Y aunque no hemos podido determinar con precisión a partir de cuándo se produce la incorporación<sup>12</sup>, en este caso hay un dato adicional interesante, contenido en la definición actual del término.

Until the middle of the 20th century, copyright, patent, trademark, and trade-secret law commonly were understood to be analogous but distinct. In most countries they were governed by different statutes and administered by disparate institutions, and few controversies involved more than one of these fields. It also was believed that each field advanced different social and economic goals. During the second half of the 20th century, however, the lines between these fields became blurred. Increasingly, they were considered to be closely related, and eventually they became known collectively as “intellectual-property law.” Perceptions changed partly as a result of the fields’ seemingly inexorable growth, which frequently caused them to overlap in practice<sup>13</sup>.

De modo que, más allá de la *forma*, esto es, de la incorporación tardía, en el caso de la *Británica* la línea editorial explícita que hasta mediados del siglo XX los derechos de patentes, copyright, trademarks y tradesecrets no eran vistos como partes de una misma institución. Así, el *contenido* mismo de la entrada expresa la conciencia de la enciclopedia sobre el arribo reciente de la frase al universo de los significantes relevantes. Pero, naturalmente, los ejemplos cualitativos ganan mucho con la compañía de alguna evidencia cuantitativa.

### (iii) Insistente evidencia cuantitativa sobre la Unificación

Precisemos la idea que queremos contrastar: No se trata de que los términos englobados por el significante propiedad intelectual (“patentes”, “copyright” y otros) hayan sido poco frecuentes antes del capitalismo informacional. Como vimos en el volumen II, los derechos de patentes y copyright fueron sumamente relevantes en otros períodos. Nuestra hipótesis es que no se los nombraba con un significante unificado y, por ende, que no se usaba la expresión Propiedad Intelectual. Esto es lo que ha cambiado dramáticamente.

Ahora bien ¿de qué manera se puede auscultar la tendencia sugerida y juzgar su magnitud? Medir la cantidad de usos de la frase “Propiedad Intelectual” parece una metodología razonable. Efectivamente, si hay un cambio drástico en los últimos treinta años, *quizás* haya alguna relación entre la transición en curso en el capitalismo y el rol de los derechos exclusivos sobre el conocimiento. Si no lo hay, es seguro que nuestra hipótesis es falsa. Ahora bien, ¿con qué datos mensurar la cantidad de usos? Contamos con tres fuentes prolongadas en el tiempo e independientes: el diario New York Times, la base de datos Scopus –que, recordemos, indexa miles de revistas científicas- y los fallos de las Cortes estadounidenses. Si bien sólo esta última fuente mensura la aparición del término en su función estrictamente normativa, los otros dos (que captan flujos de CSI Lingüístico y Axiológico) nos ayudan a comprender que tan instalada está la unificación en el seno de una época dada<sup>14</sup>.

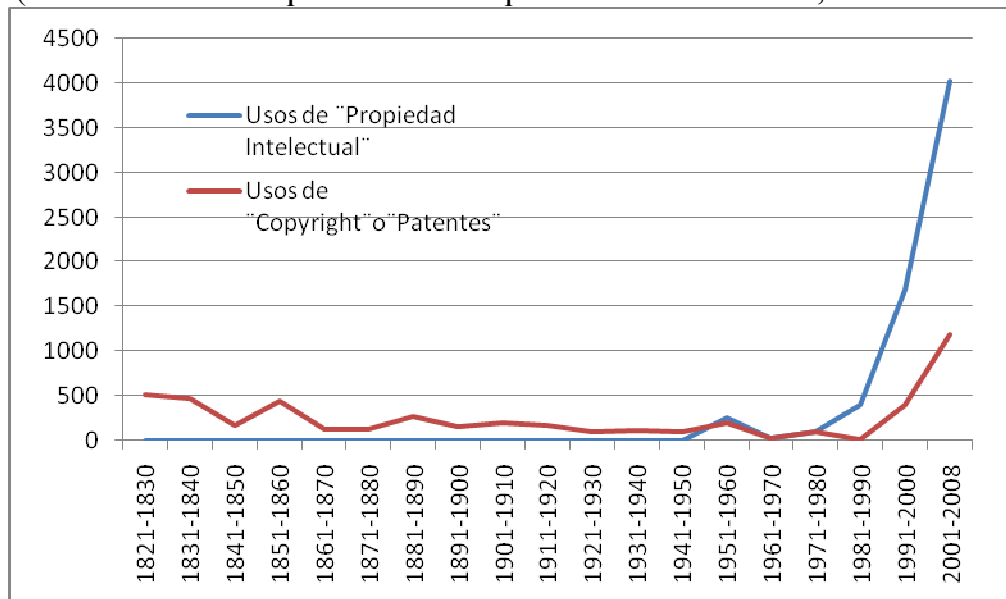
Con todo, lo que nos interesa no es sólo ver qué tanto se utiliza la expresión Propiedad Intelectual, sino como se compara ese uso con el de los términos que hoy subsume: patentes, copyright y trademarks (en adelante PCT, etc.). Es decir, el de los pleitos jurídicos sobre los más masivos de los derechos que han pasado a ser nominados como Propiedad Intelectual. En otras palabras: antes de la llegada del capitalismo informacional había, sin dudas, numerosos juicios por PCT. *La pregunta que nos interesa es ¿en qué medida los jueces y abogados se referían a esas disputas invocando la frase “propiedad intelectual”? Y sobre todo ¿en qué*

*medida se refieren ahora a ese mismo tipo de litigios con el significante en cuestión? La hipótesis de la unificación, naturalmente, pronostica que la segunda proporción debería ser notablemente mayor que la primera. Es ahora, el turno de los datos.*

Comencemos observando los números de los usos comparados en el New York Times y en las revistas indexadas por Scopus

Gráfico nro. I.2

Usos de los términos "Propiedad Intelectual" y "Patentes" o "Copyright" en los títulos de los artículos de las publicaciones científicas indexadas en la base Scopus en base 100 (usos totales en cada período/ total de publicaciones indexadas, 1971-80=100)

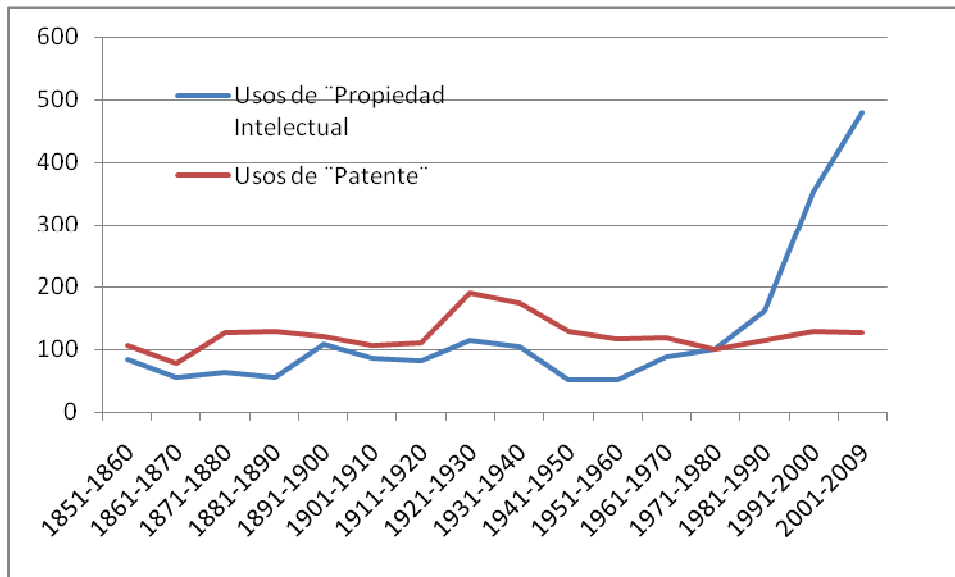


Fuente: Elaboración propia en base a datos de la base de datos Scopus.

Ambos gráficos, es decir, ambas fuentes de datos, muestran que: i) el uso del término propiedad intelectual se mantuvo más o menos constante hasta las décadas de 1970-1980. ii) El uso de los términos hoy englobados por la idea de propiedad intelectual –aquí utilizamos patentes y copyright, pero lo mismo ocurre con otros derechos- presenta frecuencias relativas mayores hasta ese período de los '70-'80. iii) A partir de entonces el término propiedad intelectual asume una pendiente abruptamente ascendente y supera irreversiblemente, en términos relativos, a los derechos subsumidos por ella.

Gráfico nro. I.3

Usos de los términos "Propiedad Intelectual" y "Patente" en artículos de las ediciones impresas del New York Times (1851-2009, 1971-80=100)



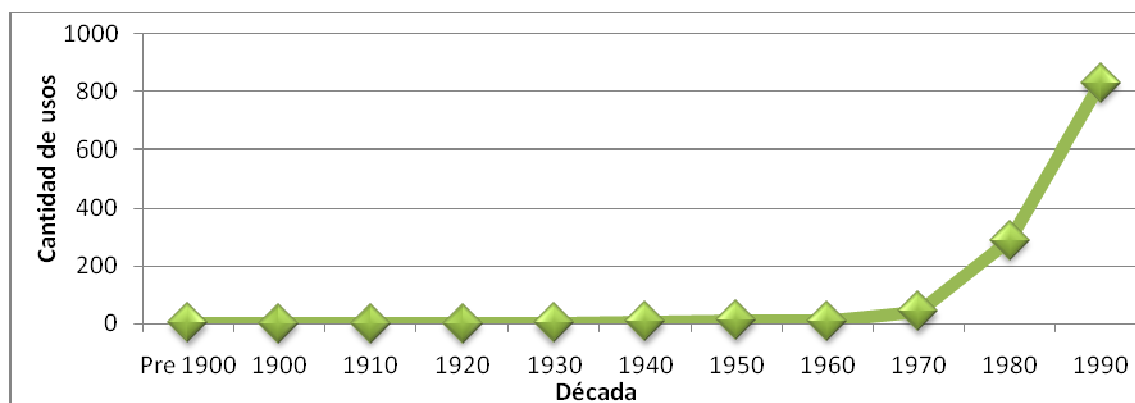
Fuente: Elaboración propia en base al New York Times Article Archive.

Así, la llegada del capitalismo informacional hace que en los medios de comunicación, en el mundo de la ciencia y, como veremos luego, en los ámbitos legales, se expanda y se naturalice el término propiedad intelectual, de nula presencia en el capitalismo industrial. Hoy su desarrollo ha sido tan amplio que nos parece que estuvo con nosotros desde siempre.

Pero veamos que ocurre con las fuentes estrictamente judiciales.

Gráfico nro. I.4

Cantidad de usos de la expresión "Propiedad Intelectual" por parte de los fallos de las Cortes Federales de EE.UU. (1900-1997)



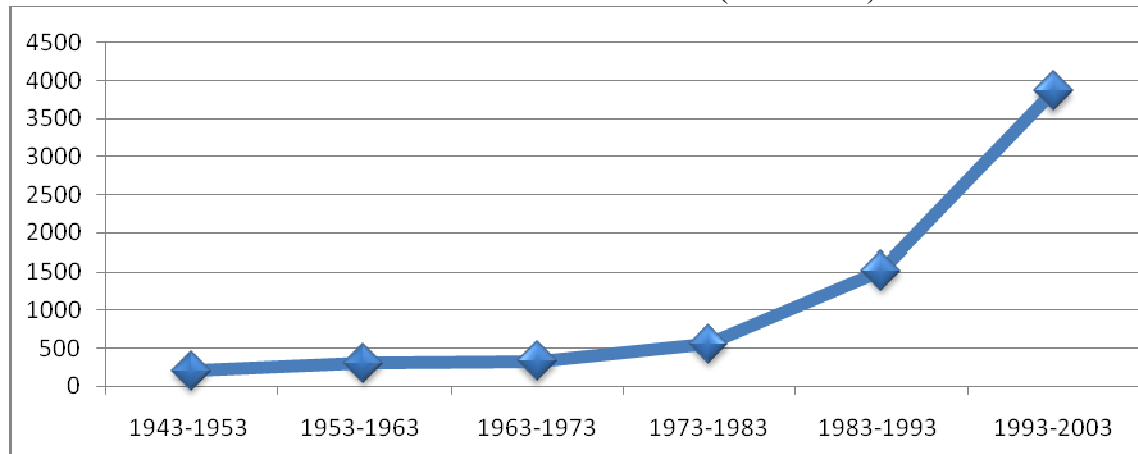
Fuente: Elaboración propia en base a Fisher, 1999 y a la base de datos Lexis-Nexis.

En el gráfico nro. I.4 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. De manera complementaria, podemos ver en el gráfico nro. I.5 la frecuencia con la que aparece la expresión unificadora, no ya solamente en los textos de los jueces, sino en la totalidad de los documentos de cada caso. Esto es, incluyendo los argumentos de las partes, las opiniones citadas, etc. Evidentemente, los números absolutos son mayores. Pero es interesante notar que a pesar de esto, de que la base de datos de origen

es otra y de que el autor del texto que realiza la búsqueda también difiere, las cifras datos son enormemente coincidentes: un ascenso empinado a partir de la década del '70.

Gráfico nro. I.5

Cantidad de usos de la expresión "Propiedad Intelectual" en los expedientes de los casos de las Cortes Federales de EE.UU. (1943-2003)

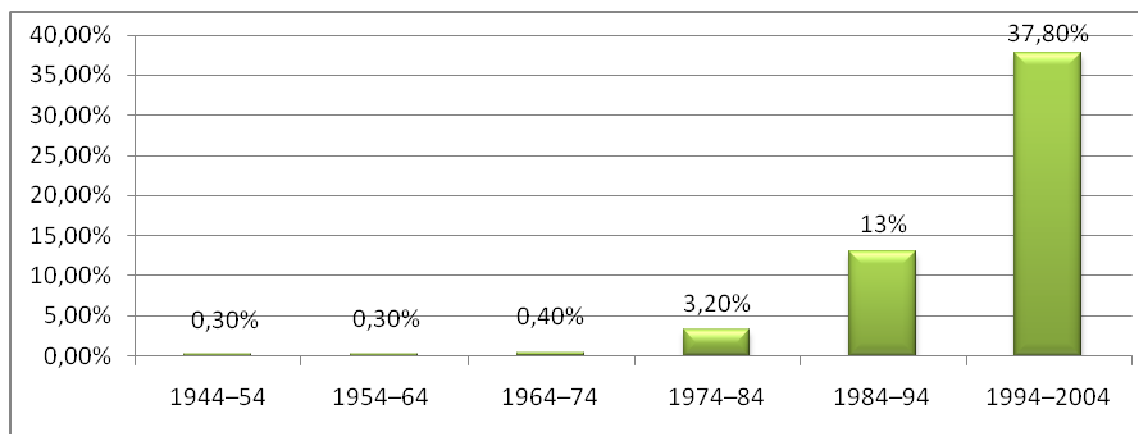


Elaboración propia en base a datos de Lemley, 2004: 5 y datos de la base Westlaw FEDCOURTS.

Sin embargo, es necesario atender a un reparo metodológico. El incremento en el uso de la expresión no está relacionado en nuestros gráficos con la cantidad de casos acontecidos de los distintos derechos de propiedad intelectual. Así, podría ser que lo que explicara el aumento en la frecuencia de aparición de la expresión propiedad intelectual fuera tan sólo el acrecentamiento de los juicios por copyright, patentes, marcas y otros, manteniéndose la proporción de usos del término PI constante. Frente a esto, presentamos en el gráfico nro. I.6 la evolución de la aparición de la expresión unificadora en términos de porcentaje de los casos de copyright, patentes y marcas en los que se la utiliza.

Gráfico nro. I.6

Porcentaje de los casos de Patentes, Copyright y Trademarks de las Cortes Federales de EE.UU en los que aparece la expresión "Propiedad Intelectual" (1944-2004)



Elaboración propia en base a Hughes, 2006.

El resultado es notable: la tendencia se mantiene incólume. Conviene agregar, incluso, que los datos de este cuadro surgen de un texto destinado, entre otras cosas, a oponerse ferviente y lúcidamente a la hipótesis que se defiende en estas líneas (Cfr. Hughes, 2006)

La conclusión es sencilla. Entre la independencia de los EE.UU. y la década de 1970, se desarrollaron numerosos conflictos y litigios asociados a patentes, copyrights o trademarks. Sin embargo, lo notable es que los jueces y abogados no utilizaban en sus fallos y alegatos sobre estos temas el significante "propiedad intelectual". Este concepto que hoy nos es absolutamente familiar para *reunir* derechos exclusivos sobre ciertas formas de conocimiento era relativamente extraño a esos juristas. El incremento brutal de su uso parece coincidir con el fin del capitalismo industrial y la reorganización hacia lo que creemos conveniente nombrar como capitalismo informacional.

#### (iv) La unificación y las dicotomías del capitalismo industrial

Una última reflexión sobre la unificación. Si la situamos en una perspectiva comparada con las instituciones reguladoras de los flujos de conocimientos de los períodos que estudiamos en los Capítulos IV y V, podemos pensarla como un tercer momento de una dialéctica hegeliana relativa a los CSI Normativos. Vimos, en el capítulo IV., un "universal abstracto" en el que los distintos derechos sobre el conocimiento se hallaban confundidos, unidos de manera inmediata. A partir del siglo XVIII empieza a tomar forma el "particular concreto": se produce la dicotomización entre autores e inventores, entre copyrights y patentes. Se individualizan los derechos, se "ponen" las contradicciones. Finalmente, el capitalismo informacional puede verse como un "universal concreto": se produce la unificación "*mediata*" de derechos. Un conjunto de normas, hechas y derechas, con sus tradiciones a cuestas, e incluso con su descendencia, vuelven a reunirse. Ahora pesa el 'aire de familia', ahora ya no son ramas independientes, sino que han decidido identificarse con un nombre común. Ahora bien ¿cómo explicar todo esto con base en nuestro análisis de las configuraciones materiales cognitivas de cada período?

En el capítulo V, tratamos de mostrar que el capitalismo industrial forjó una serie de escisiones, de dicotomías: de la combinación de dos de ellas (*economía/ cultura, e individuo/ sociedad*), son hijas las dos ramas de los derechos exclusivos sobre el conocimiento en ese período. Los *derechos de autor*, para la cultura y la *propiedad industrial*, para la economía; en ambos casos, se trata de derechos monopólicos asignados a los *individuos*, pero que luego de su vencimiento, pasan a ser de dominio de la *sociedad*. Pero esa dicotomía de los derechos era solidaria con otras oposiciones del período. Era indisociable, por lo pronto, de la distinción entre *bienes económicos* y *bienes culturales*. 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<sup>15</sup>.

También se manifestaba, a su vez, otra división clara, prístina, entre *tiempo de ocio* y *tiempo de trabajo*: la cultura tendía a regir el primero y la economía el segundo. Lo supieran o no, los individuos se relacionaban más bien con el mundo de las patentes –claro, de manera indirecta, a través del dueños de la fábrica, por caso- en sus actividades laborales y más bien con el de los derechos de autor en sus tiempos de ocio. Finalmente, a estas series de dicotomías imperfectas habría que agregar que el tiempo de ocio+cultura tenía afinidad con el *consumo*, mientras el del trabajo-economía, se asimilaba más a la *producción*. Pero ¿qué ocurre en el capitalismo informacional?

Aunque todavía estamos en una etapa transicional, resulta claro que todas esas dicotomías tienden a retroceder o, lisa y llanamente, a desplomarse. Vimos reiteradamente, en la Tercera Sección del volumen II, que en los procesos productivos informacionales la

división entre tiempo de ocio y tiempo de trabajo tiende a hacerse mucho más difusa. Recorrimos las oficinas de Google con sus espacios para el ocio dentro del tiempo laboral y tuvimos noticias de los trabajadores informacionales que laboran desde su hogar combinando permanentemente una cosa con otra. A su vez, estudiamos que la PC, el medio de producción de los procesos productivos que nos interesan, se sitúa dentro y fuera de la jornada laboral (cosa impensable para un torno). Esta *ambivalencia del medio de trabajo* también contribuye a romper las dicotomías mencionadas. Todo esto llega a un extremo en el caso de la Producción Colaborativa, en la que, además, encontramos que quienes producen son las mismas personas que consumen el bien informacional en cuestión. Producción y consumo se enredan, pero más aún lo hacen la economía y la cultura. Dicho con más precisión: la distinción entre un medio de producción y un medio de comunicación (decisiva para las dicotomías economía+trabajo vs. cultura+ocio) ya no puede trazarse con claridad en los procesos productivos informacionales. La cadena de montaje y el libro, han encontrado un equivalente general en la forma de bits, de flujos de ID, de bienes informacionales primarios; algo similar ocurre con el martillo y el televisor, sintetizados en la PC, un bien informacional secundario. Este es un punto importante. La materialidad ontológica y los usos contingentes de la Información Digital y las Tecnologías Digitales borrarían las escisiones. Por caso, ahora un software –el principal medio de producción de la presente etapa- y las más inocuas fotos –una modesta forma cultural- se encuentran bajo el dominio de la misma legislación de derechos de autor. ¿Por qué? Porque a las regulaciones capitalistas les importa la materialidad del soporte más que a los filósofos o a los sociólogos posmodernos. Volveremos sobre esta situación particular en el capítulo III, pero el punto aquí es que las dicotomías del capitalismo industrial, como todo lo sólido, se desvanecen en los bits<sup>16</sup>.

A su vez, algunos rasgos del período rebalsan por completo el esquema de derechos del período anterior. Por ejemplo, el señalado problema de la escasez de atención hace que la captación de un flujo de ella sea un activo que hay que proteger. Esto impulsa el naciente “right of publicity”, que, sin embargo, no puede ubicarse en la dicotomía entre derechos de autor-propiedad industrial. Se asocia en parte con las marcas –que lo acercan a los segundos-, pero también con la personalidad –que lo imantan hacia los primeros-. Otro tanto ocurre con el “traditional knowledge”. Este derecho no sólo pone en jaque la dicotomía entre económico y lo cultural, sino que también interroga a la idea de que sólo los individuos y las empresas pueden ser los titulares de los derechos de exclusivos sobre los conocimientos.

De este modo, las dicotomías en las que se basaban las distinciones relativas a la regulación capitalista de los conocimientos en el período industrial tienden a fluidificarse y, a la vez, la naciente etapa produce nuevas regulaciones sobre los conocimientos que no pueden ser asimiladas por el viejo par derechos de autor/propiedad industrial. Es necesario negar, recuperar y trascender (*aufheben*) a esos vetustos esquemas a través de un contenedor que ponga coto a tanta diversidad. Naturalmente, ésta es la función del proceso de Unificación.

Ahora bien, hay que dejar en claro que cuando hablamos de Unificación no lo hacemos para referirnos sólo a un fenómeno lingüístico, ni a sus causas o consecuencias axiológicas. También aludimos, decisivamente, a un conjunto de fenómenos normativos. El poder de la unificación se expresa en regulaciones institucionales muy concretas. Tomemos sólo las grandes regulaciones internacionales. La dicotomización entre economía y cultura, entre patentes y copyrights, etc. terminó, a fines del siglo XIX, tomando forma en las Convenciones de Berna y París. Simétricamente, en la gestación del Capitalismo Informacional emergieron al menos dos instituciones que cristalizaron el proceso de unificación. Aunque registra algunos antecedentes, recién en 1967 comienza seriamente 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 en el Capítulo VIII nos ocuparemos de estas regulaciones, 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).

*En síntesis, este recorrido desde una dicotomía lingüística (Derechos de autor-Propiedad industrial) y normativa (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 informacional o, más específicamente, a los cambios entre las respectivas Configuraciones Materiales Cognitivas. La nueva etapa, signada por los procesos productivos informacionales, tiende a la unificación porque estos procesos carcomen las escisiones Economía-Cultura; Trabajo-Ocio; Producción-Consumo y otras, sobre las que se apoyaban los esquemas regulatorios relativos al conocimiento en el capitalismo industrial.*

Con todo, la Unificación no puede comprenderse del todo si no se advierte que forma parte de un movimiento de redefinición del rol de las regulaciones capitalistas sobre el conocimiento: no puede entenderse sin interpretar las causas del fenómeno de la Propertización.

## **Capítulo II**

### **Propertización**



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.

### **(i) Derechos sobre el conocimiento y Propiedad: Una relación tensa.**

En el Capítulo IV del segundo volumen estudiamos que en las formulaciones del siglo XVIII había una clara intención de asociar los derechos sobre el conocimiento a la noción de propiedad. Tanto en el caso de las patentes como en el del copyright y los derechos de autor, la propertización física e intelectual parecían ir, mal que mal, de la mano. Por este motivo, varios autores tienden a señalar que no hay una gran novedad en la actualidad con el fenómeno de la propertización: se trataría de una tendencia con orígenes remotos (p.ej. Hughes, 2006; Mossof, 2001). Sin embargo, a partir del siglo XIX la noción de propiedad, amiga de los mercados, empezó a ser vista por amplios sectores como incompatible con los monopolios sobre el conocimiento. Aún cuando los impulsores de los derechos de propiedad física aceptaran las patentes y los copyrights –cosa que no ocurría en todos los casos<sup>17</sup>-, de lo que se trataba era más bien de tolerar una excepción, y no de brindar derechos propietarios. Una explicación de este cambio radica en que el movimiento hacia la despropertización de los siglos XIX y XX emergió junto con las justificaciones utilitaristas de los copyrights y patentes, en detrimento de las teorías basadas en los derechos naturales que habían impulsado la propertización del siglo XVIII.

Al fin de cuentas, 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, en el Capítulo I del volumen anterior vimos que su origen estuvo en la concesión de derechos comerciales exclusivos para la explotación de determinada invención. En el caso del copyright, se trataba de derechos exclusivos de impresión de libros. Durante mucho tiempo, esos derechos fueron nombrados como *privilegios* o, sencillamente, *monopolios* concedidos por el estado monárquico<sup>18</sup>. 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. 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 ya citada Constitución de los EE.UU. 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:

It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property. If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire,expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. (Extractos de carta de Thomas Jefferson a Isaac McPherson, Monticello, 13 de agosto de 1813. Koch y Pedden, 1972: 84 )

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<sup>19</sup>. 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 (Kinsella, 2001).

Podemos identificar, en todo esto, al menos cinco tipos de argumentos por los que el copyright y las patentes fueron se llevaron mal con la idea de propiedad liberal durante los siglos XIX y XX: i) eran entendidos como monopolios o privilegios 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.

Sin embargo, con el advenimiento del capitalismo informacional, numerosos autores – los enumeraremos luego in extenso- acuerdan en que hay un brusco, reciente y nada inocuo giro propertizador. En las próximas secciones tratamos de mostrar que este giro efectivamente se está produciendo. Para ello discutimos primero la evidencia de los fallos jurídicos: unas pocas tablas similares a las que vimos respecto de la unificación, y unos cuantos ejemplos de fallos. Luego observamos las reflexiones de los académicos sobre el fenómeno y, finalmente, las de los detentores de los derechos.

## **(ii) La propertización como fenómeno jurídico**

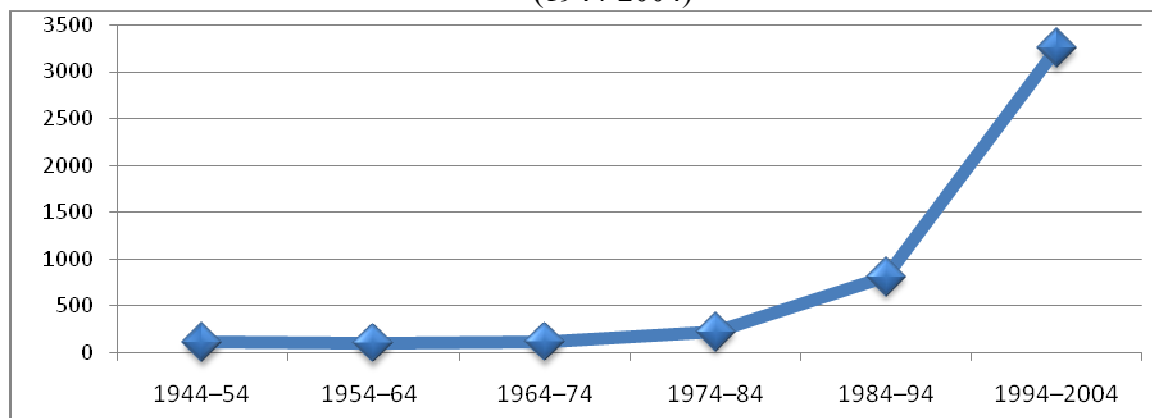
El argumento a favor del giro propertizador de los fallos jurídicos puede estructurarse en base a dos clases de evidencias complementarias: una cuantitativa y la otra cualitativa.

## Concisa evidencia cuantitativa

Respecto de la primera, presentamos a continuación un gráfico parecido a los que utilizamos más arriba para documentar la operación de *unificación*. También aquí ofrecemos la frecuencia con la que aparece una expresión semántica en los fallos de las Cortes Federeales norteamericanas. Pero, en este caso, no se trata sólo de la expresión "Propiedad Intelectual", sino de la palabra "Propiedad" adjetivada también con cualquier otro término vinculado los derechos exclusivos sobre el conocimiento: propiedad "literaria", "artística", "expresiva", "intelectual", etc. Así, lo que muestra el gráfico –de manera groseramente aproximada- es la cantidad de veces que la noción de *propiedad* se utiliza en los casos de copyright, patentes y derecho de marcas.

Gráfico nro. II.1

Cantidad de usos del término "Propiedad" ('intelectual', 'artística', 'industrial' o 'literaria') en casos de PTC de las cortes federales de EE.UU. (1944-2004)

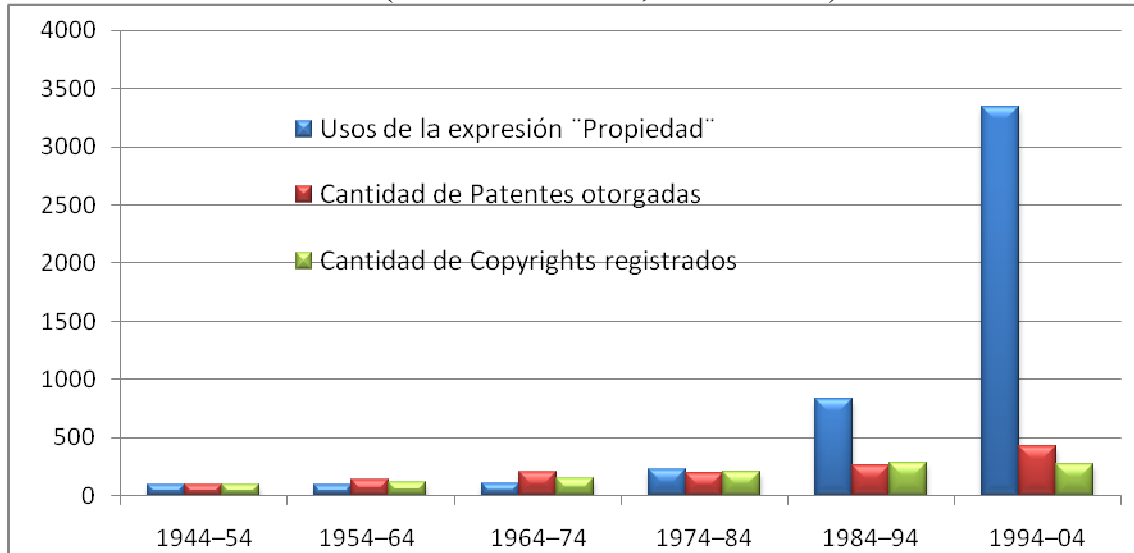


Elaboración propia en base a datos de Hughes, 2006.

Evidentemente el gráfico sugiere que la noción de propiedad ha expandido su participación en el léxico de los jueces y los abogados que se dedican a litigar y fallar en temas de copyright, patentes, derecho de marcas y otros<sup>20</sup>. Sin embargo, hay que considerar un argumento contrario. Aunque la pendiente es abrumadora, podría objetarse que la cantidad de menciones del término propiedad no debería mensurarse como dato absoluto, sino en relación a otra magnitud. Esto es, podría señalarse que el incremento en el uso del término propiedad no estaría obedeciendo a nada parecido a una propertización, sino tan sólo dando cuenta del aumento de los derechos de propiedad intelectual concedidos. En efecto, si los derechos de copyright, patentes y trademarks se hubieran incrementado –lo que a todas luces parece cierto-, seguramente también lo habrían hecho los litigios asociados. De modo que quizás la proporción entre la cantidad de usos del término propiedad en relación a la cantidad de juicios llevados adelante se habría mantenido constante. Por supuesto, si este fuera el caso, no tendría ningún sentido hablar de propertización en el ámbito judicial. Para refutar – o aceptar- definitivamente esta hipótesis alternativa, sería necesario contar con datos que no poseemos o que no se pueden obtener. De cualquier forma, podemos aproximarnos a una justipreciación de este contraargumento utilizando los datos de patentes y copyrights concedidos, sumándolos para los años de referencia para los que contamos con datos respecto

de las apariciones del término propiedad, colocándolos en base 100, y superponiéndolos al gráfico anterior. El resultado de este ejercicio puede apreciarse en el gráfico número VII.8.

Gráfico nro. II.2  
Usos del término "Propiedad", Patentes otorgadas y Copyrights registrados, en base 100  
(EE.UU. 1944-2004, 1944/54=100)



Elaboración propia en base a Hughes, 2006 y a datos de la Unites States Patents and Trademark Office (USTPO), Electronic Information Products Division, Patent Technology Monitoring Team (PTMT) y la Copyright Office.

El gráfico, sin dudas, es consistente con la hipótesis de la propertización. Por supuesto, la cantidad de copyrights registrados ha escalado intensamente en los cincuenta años comprendidos en los datos con los que contamos: se ha multiplicado por 2,72. Y más notable aún es lo que ha ocurrido con las patentes. Su magnitud se ha expandido 4,24 veces. Sin embargo, estos coeficientes empalidecen ante la virulencia con ha que trepado el uso del término propiedad: 33,48 veces en el mismo lapso. Ante estos datos, parece claro que la vocación propertizadora trasciende al impulso que le confiere la mera expansión de los derechos monopólicos sobre el conocimiento<sup>21</sup>.

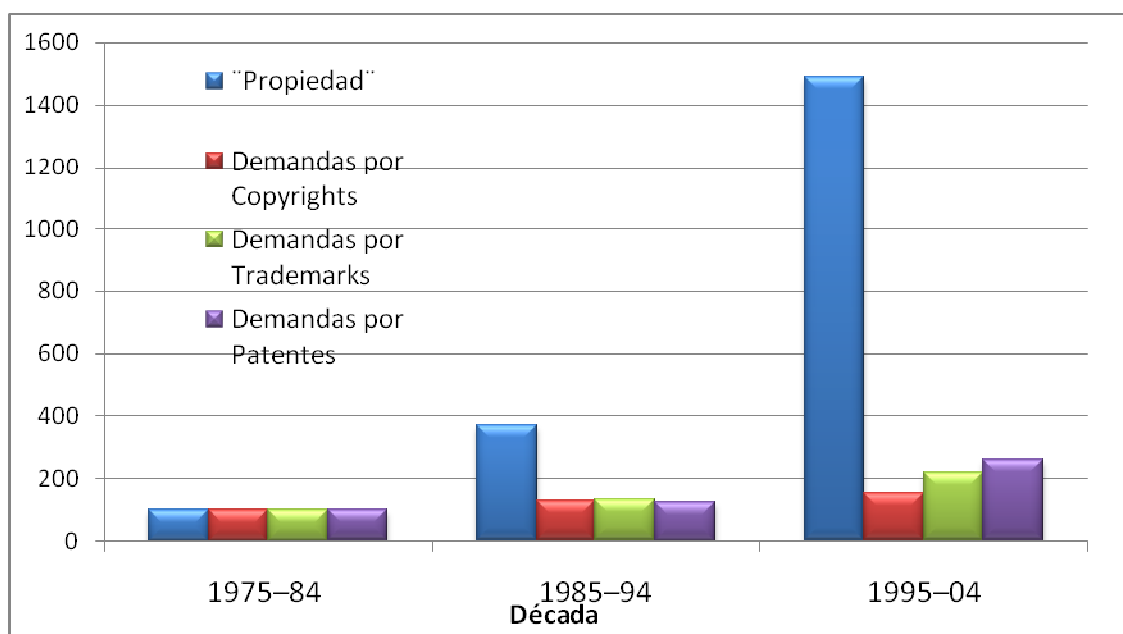
Pero la objeción podría mantenerse con el argumento razonable de que el trasfondo más adecuado para juzgar en términos relativos la evolución de la cantidad de usos del término "propiedad" no es el de la cantidad de derechos concedidos, que hemos usado. En efecto, *la magnitud de litigios iniciados parece un marco más adecuado*. Teniendo en cuenta que la cantidad de disputas judiciales de Copyright, Trademarks y Patentes (CPT) ha aumentado notablemente en los últimos años, quizás lo que explique el mayor uso del significativo propiedad sea ese incremento de la litigiosidad en el área. Nuevamente, si este fuera el caso y, por ende, la relación entre usos del término propiedad y la cantidad de casos de CPT se hubiera mantenido constante, la hipótesis de la propertización no tendría mayor relevancia.

Para responder a esta objeción no contamos con datos idénticos a los que usamos para atender a una impugnación similar respecto de la "unificación"(cuadro nro. VII.6): carecemos de los porcentajes que representa el uso de la expresión propiedad sobre el total de casos de PCT. Igualmente, tenemos elementos suficientes como para testear nuestra hipótesis. Una primera evidencia surge, obviamente, del mismo cuadro VII.6. Dado que toda vez que aparece la expresión "propiedad intelectual" está presente la palabra "propiedad", no hay dudas de que los resultados de ese cuadro pueden extrapolarse hacia aquí. De hecho, la frecuente compañía

de adjetivaciones como "industrial", "literaria", "artística" y otras invitan a pensar que el término propiedad aparecerá necesariamente más veces que el término propiedad. Por ende, nuestra hipótesis es aún más fuerte aquí que en relación a la unificación.

Una segunda evidencia, complementaria de la anterior, surge de construir –con cierto esfuerzo en la manipulación de los datos- una comparación entre las *demandas iniciadas en CPT* y los usos del término "propiedad". Para ello, colocamos en base 100 ambos tipos de datos y los comparamos para los períodos en los que el contraste era factible de acuerdo a los datos con que contamos. En el gráfico número VII.9 expresamos los resultados.

Gráfico nro.II.3  
Usos del término "Propiedad" y demandas por CPT  
(EE.UU.1975-2004, 1975-84=100)



Fuente: Elaboración propia en base a Hughes, 2006 y datos del Federal Judicial Center, Federal Courts Cases Database integrates (Somaya, 2002: 28) y la Administrative Office of the US Courts.

Los datos no parecen dejar lugar a dudas. Como volveremos a ver más adelante, la voluntad litigante se ha expandido firmemente en los últimos años. Aunque este proceso está íntimamente ligado al fenómeno de la propertización, es notable que la manifestación de esta última que analizamos la excede largamente.

La necesidad de llamar propiedad a lo que antes se nominaba de alguna otra forma arrecia en las cortes federales y se expresa, de algún modo, en los números que presentamos. De las fuerzas que animan tal necesidad nos ocuparemos más adelante.

#### Farragosa enumeración cualitativa

En cuanto a la evidencia cualitativa, hay que partir de que un análisis exhaustivo nos es impracticable. En cambio, sí podemos organizar un cuadro cronológico que ilustra con ejemplos tomados del mismo universo que utilizamos para los datos cuantitativos –fallos de Cortes Federales de los EE.UU.- la tendencia que sugerimos.

Gráfico nro. II.4  
El movimiento hacia la propertización en los fallos judiciales  
(EE.UU., 1950-2003)

Tipo de DPI	Cita	Fuente	Año
Patentes	"a patent is property, protected against appropriation both by individuals and by government,"	Hartford-Empire Co. v. United States, 323 U.S. 386, 415	1945
Right of publicity	"We think that, in addition to and independent of that right of privacy (which in New York derives from statute), a man has a right in the publicity value of his photograph, i.e., the right to grant the exclusive privilege of publishing his picture, and that such a grant may validly be made 'in gross,' i.e., without an accompanying transfer of a business or of anything else. Whether it be labelled a 'property' right is immaterial; for here, as often elsewhere, the tag 'property' simply symbolizes the fact that courts enforce a claim which has pecuniary worth. ) "This right might be called a 'right of publicity.'	Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum, 202 F.2d 868 (2d Cir.	1953
Right of publicity	La Corte razonó que tratándose de un derecho puramente commercial no había razón para que terminara con la muerte del titular. Así, <i>"it is for this reason presumably that this publicity right has been deemed a 'property right'"</i> .	Price v. Hal Roach Studios, 400 F. Supp. 836 (S.D.N.Y.);	1975
Right of publicity	sosteniendo que el derecho de publicidad es un "proprietary interest"	Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co., 433 U.S. 562, 573	1977
Trademarks	"trademark is in the nature of a property right, and as such it need not yield to First Amendment rights" y "(injunction) is not a case of government censorship, but a private plaintiff's attempt to protect its property rights"	Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd., 604 F.2d 200, 206, 2d Cir.	1979
Patentes	"a patent is property, is depreciable and falls within the purview of § 1239" del sistema impositivo que "treat[s] as ordinary income" cualquier ganancia resultante de "the sale or exchange of depreciable property"	Myers v. United States, 613 F.2d 230, 231, 9th Cir.	1980
Right of publicity	"There can be no doubt that Elvis Presley assigned [to the licensee] a valid property right, the exclusive right to print, publish, and distribute [Elvis Presley's] name and likeness ... The identification of this exclusive right belonging to [the licensee] as a transferable property right compels the conclusion that the right survives Presley's death."	<i>Factors Etc., Inc. v. Pro Arts, Inc.</i> 701 F.2d 11 Docket 80-7692. 2 <sup>nd</sup> Circuit	1982
Patentes	"the patent right is but the right to exclude others, the very definition of 'property,' " y" that patents thus are not necessarily monopolies"	Schenck v. Nortron Corp., 713 F.2d 782, 786 n.3, 9th Cir.	1983
Copyright	"An interest in a copyright is a property right protected by the due process and just compensation clauses of the Constitution."	Roth v. Pritkin, 710 F.2d 934, 939 (2d Cir.)	1983
Trade secrets <sup>22</sup>	La Corte Suprema consideró que os datos enviados a una agencia gubernamental constituían "propiedad" de	<i>Ruckelshaus v. Monsanto Co.</i> , Supreme Court, 467	1984

	acuerdo a la quinta enmienda de la Constitución	U.S. 986 1003-04.	
Patentes	"It is beyond reasonable debate that patents are property"	Patlex Corp. v. Mossinghoff, 758 F.2d 594, 599, Fed. Cir.	1985
Trademarks	La Corte permitió al titular de una marca impedir el uso del término "Olimpiadas" en las "Olimpiadas Gay" y estableciendo que "when a word acquires value 'as the result of organization and the expenditure of labor, skill, and money' by an entity, that entity constitutionally may obtain a <i>limited property right in the word</i> "	S.F. Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Comm., 483 U.S. 522, 532	1987
Secretos industriales	La Corte Suprema consideró que un periodista que usó información del diario en el que trabajaba, violó la propiedad de su empleador.	Carpenter v. United States Supreme Corte, 108 S.Ct. 316	1987
Trademarks	"Mutual's trademarks <i>are a form of property</i> , and Mutual's rights therein need not yield to the exercise of First Amendment rights under circumstances where adequate alternative avenues of communication exist."	Mut. of Omaha Ins. Co. v. Novak, 836 F.2d 397, 402, 8th Cir.	1987
Trademarks	"Trademark law . . . confers private rights, which are themselves rights of exclusion. It grants the trademark owner a bundle of such rights, one of which is the right to enlist the Customs Service's aid to bar foreign-made goods bearing that trademark."	Kmart Corp. v. Cartier, Inc., 485 U.S. 176, 185-86	1988
Trademarks	"trademarks are property" para los propósitos de determinar la intervención del derecho bajo FED. R. CIV. P. 24(a)	Williams & Humbert Ltd. v. W. & H. Trade Marks (Jersey) Ltd., 840 F.2d 72, 75. D.C. Cir.	1988
Copyright	"copyright is property" a los efectos de establecer un reclamo por "taking"	Lane v. First National Bank, 871 F.2d 166, 174 (1st Cir.)	1989
Trademarks	"The trademark is the property of the corporation which can be independently bought or sold."	Anthony Distribs., Inc. v. Miller Brewing Co., 904 F. Supp. 1363, 1366 (M.D. Fla.)	1995
Trademarks	"[t]rademarks are property" y "[t]he ownership of a trade-mark has, in general, been considered as a right of property" bajo la ley de Pennsylvania.	Krebs Chrysler-Plymouth, Inc. v. Valley Motors, Inc., 141 F.3d 490, 498, 497 (3d Cir.)	1998
Patentes	Las patentes " <i>have long been considered a species of property</i> " y por eso "are surely included within the 'property' of which no person may be deprived by a State without due process of law"	Fla. Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd. v. Coll. Sav. Bank, 527 U.S. 627, 642	1999
Trademarks	"Trademarks . . . are the 'property' of the owner because he can exclude others from using them	Fla. Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd. v. Coll. Sav. Bank, 527 U.S. 666, 673	1999

Copyright	"Since patent and copyright are of a similar nature, and patent is a form of property [within the meaning of the Due Process Clause] . . . copyright would seem to be so too."	Chavez v. Arte Publico Press, 204 F.3d 601, 605 n.6. 5th Cir.	2000
Copyright	"copyrights are property" a los efectos de la distribución entre cónyuges	E.V.P. v. L.A.P., No. CN98-11448, 2001 WL 1857137, at *2 (Del. Fam. Ct. Dec. 4)	2001
Copyright	"In considering the scope of First Amendment protection for the decryption program like DCSS, we must recognize that the essential purpose of an encryption code is to prevent unauthorized access." "Owners of <i>all property rights</i> are entitled to <i>prohibit access to their property</i> by unauthorized persons."	DCSS case, 2 <sup>nd</sup> Circuit, página 51	2001
Derecho de publicidad	Estableciendo que el derecho de publicidad es un " <i>property right</i> ... and therefore can extend beyond death"	Herman Miller, Inc. v. Palazzetti Imps. & Exps., Inc., 270 F.3d 298, 325 (6th Cir.)	2001
Patentes	La ley de patentes provee "a temporary monopoly . . . [which] is a <i>property right</i> ," Y una patente " <i>is a property right</i> "; Los derechos de patentes constituyen "the legitimate expectations of inventors in their property"	Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co., 535 U.S. 722, 730, 720, 739	2002
Copyright, Trademarks y Patentes	Notando que el artículo 9 del Uniform Commercial Code trata a los copyrights, trademarks y patentes como "general intangibles," "miscellaneous types of contractual rights and <i>other personal property</i> "	In re World Auxiliary Power Co., 303 F.3d 1120 (9th Cir.)	2002
Patentes	" <i>Patent rights are property</i> that may be taken by eminent domain pursuant to § 1498."	Zoltek Corp. v. United States, 58 Fed. Cl. 688, 700	2003

Fuente: Elaboración propia en base a Carriers, 2004: nota al pie 14, Merges, Menell y Lemley, 2006; Samuelson, 1989; Drahos y Braithwaite, 2002; Hughes, 2006.

Por más falencias que pueda tener la enumeración, es claro que desde mediados de los '70, esto es, desde el advenimiento del capitalismo informacional, la regulación jurídica de los derechos exclusivos sobre el conocimiento como propiedad viene en aumento. Aunque no hemos recogido evidencia sistemática, hay ejemplos de que esta operación viene ocurriendo en otros poderes del estado<sup>23</sup>.

### (iii) La propertización en los debates académicos

En los últimos años, en el campo de los especialistas en Propiedad Intelectual norteamericanos, se vivió un considerable debate respecto del fenómeno de la propertización. Aunque la conformación de grupos siempre es imprecisa, dado que violenta las complejidades del pensamiento de los autores, nos vemos obligados a caer en esa táctica expositiva. Así, parecería que algunos autores esta decididamente a favor de la propertización. Por ejemplo vid. Beckerman-Rodau ,1994<sup>24</sup>; Dam, 1995; Easterbrook, 1990<sup>25</sup>, Epstein, 2004, 2007, 2008,<sup>26</sup> Goldstein, 1994<sup>27</sup>; Hardy, 1996, 2001; HHughes, 2006;Kitch, 1977<sup>28</sup>, 1986, 2000;



Carter, 1993; Mc Gowan, 2004, Mossof, 2003, 2005, 2007a, 2007b<sup>29</sup> y Smith, 2007. Para citar en el cuerpo del texto a un solo autor, reproduzcamos el argumento de Smith, que es representativo de la lógica de la economía neoclásica que domina el mercado intelectual:

Intellectual property is most like property when it is not viewed in isolation. Although the nature of the “resource” is very different—because it is nonrival—from the typical resource in the law of property, this is not the end of the story. Intellectual property, like property in general, can be seen as the solution of a complex coordination problem of attributing outputs to inputs. (Smith, 2007:1822)

Pero, naturalmente, también tenemos un nutrido grupo de académicos que se opone fervientemente a la propertización. Por ejemplo, Arewa, 2007; Birnhack, 2003; Boyle, 1997; Boldrin y Levine, 2008; David, 2000, Drahos y Braithwaite, 2002; Carrier, 2004<sup>30</sup>; Fisher, 1999<sup>31</sup>; Ghosh, 2003<sup>32</sup>; Gordon, 2003<sup>33</sup>, First, 2006; Hunter, 2003; Kamppari, 2004; Lemley, 1997, 2003, 2004<sup>34</sup>; Litman, 1990<sup>35</sup>; May y Sell, 2006<sup>36</sup>; Menel, 2007<sup>37</sup>; Merges, 1996; Netanel, 1996, 2003; Port, 1993; Samuelson, 1989; Vaidhyanathan, 2001<sup>38</sup>; Weber, 2002. Una posible cita representativa es la de First:

In recent years, however, the foundations of the debate between intellectual property and antitrust have shifted. Intellectual property rights have been in the ascendancy. Where once we were skeptical of intellectual property because it granted a “limited monopoly,” we now embrace intellectual property for creating necessary “property rights.” Where once we saw intellectual property as one aspect of our broad manufacturing economy—important, of course, but not central—we now see intellectual property at the center of the “new economy.” Intellectual property rights holders have been quite successful in expanding the boundaries of their claims, bringing those rights into ever-greater conflict with the fundamental principles and assumptions of the antitrust laws. (First, 2006: 1371)

Pero a su vez, en otros casos, la propertización es completamente *implícita*. Sin reconocer el giro significativo, sin discutir la adecuación de los términos, los académicos que se relacionan tangencialmente con estos temas naturalizan la equivalencia. Así, la propertización sedimenta en los discursos que tienen la expresa voluntad de ser neutrales o prescindentes<sup>39</sup>. La naturalización de la propertización manifiesta intensamente su aceptación acrítica e inconciente de los agentes más variados. Como veremos más adelante, en esto radica su carácter ideológico.

En cualquier caso, y sin interrogarnos respecto de los argumentos que se usan a favor y en contra de la propertización de la propiedad intelectual, la magnitud del debate académico nos ofrece una conclusión sencilla: la propertización se ha producido y se está produciendo. Los actores pueden no notarlo explícitamente, pueden estar a favor o en contra de ella, lo mismo da. Lo que nadie discute que los derechos exclusivos sobre el conocimiento han devenido propiedad .

#### **(iv) La propertización en los discursos de los titulares de los derechos**

No es sorprendente encontrar que los detentores de los derechos de propiedad intelectual intentan asociarlos a la noción de Propiedad. Por ejemplo, un miembro de la Business Software Alliance decía en un discurso en Canberra, en 1998:

We are sometimes told that Bill Gates has made enough profit and that downloading a bit of software isn't going to hurt. What's wrong with that? Well, it's theft. You wouldn't think of stealing a Cadillac just because it belonged to someone wealthy. Software is no different. (Citado en Drahos y Braithwaite, 2002: 26)

Evidentemente, la operación retórica es sencilla: igualar la propiedad intelectual de un software a la propiedad física sobre un automóvil. Una operación más sofisticada es la siguiente: asumir que un fallo adverso a los titulares de copyright representaría una amenaza *al sistema de propiedad privada*. Esto hace Jack Valenti, presidente de la Motion Pictures Association of America (MPAA), en un debate con Lessig y aludiendo a una potencial aceptación de la legalidad de los programas descriptores de DVD's

Perhaps you'll argue it before the Supreme Court—where your former mentor, Justice Scalia, would hear it, and I think Justice Scalia will find it unwise to collapse the concept of private property if I have read Justice Scalia's decisions in the past rightly. (Valenti en Norman Lear Center, 2001:11, énfasis añadido)

De hecho Valenti viene expresando, de distintas maneras, esta posición:

No matter the lengthy arguments made, no matter the charges and the counter-charges, no matter the tumult and the shouting, reasonable men and women will keep returning to the fundamental issue, the central theme which animates this entire debate: *Creative property owners must be accorded the same rights and protection resident in all other property owners in the nation*. That is the issue. That is the question. And that is the rostrum on which this entire hearing and the debates to follow must rest. (citado en Lessig, 2004: 117-118)

O bien:

We don't want to shut down innovation. We just want to protect private property from being pillaged. (citado en Sanders y Shiver, 2002: § 3)

Por supuesto, también la RIAA —la cámara que aglomera a las mayores compañías discográficas del mundo— hace su aporte a este tipo de argumentación que nombra como propiedad al copyright. En términos de su ex presidenta, Hilary Rosen:

It is simply not fair to take someone else's music and put it online for free distribution. no one wants their property taken from them and distributed without their permission. (citado en Bedell, 1999: 1F)

Finalmente, un ejemplo de la misma especie pero asociado al mundo de las letras: el testimonio de la escritora y entonces presidenta del Copyright Comité de Canadá, Margaret Atwood, en su declaración ante un comité parlamentario.

In conclusion, I want to emphasis [sic] that writers are small business people and our copyrights are often our only real assets. Exceptions to copyright are an expropriation of our property against our will. If copyrights were cars, this would be car theft (Study of Bill C-32, an Act to Amend the Copyright Act: Evidence Before the Standing Comm. on Canadian Heritage, 35th Parl, Nov. 21, 1996 citado en Hughes, 2006: 1060)

Más allá de las opiniones dadas por los titulares de los derechos o sus representantes, una forma alternativa en la que estos actores se expresan es a través de las campañas publicitarias. En este sentido, la campaña antipiratería más extendida, incluida en todos los DVD cinematográficos norteamericanos, es de la Motion Pictures Association of America (MPAA). Acompañadas con imágenes alusivas, se imprimen en la pantalla, consecutivamente, las siguientes frases:

You wouldn't steal a car  
You wouldn't steal a handbag  
You wouldn't steal a television  
You wouldn't steal a DVD

Downloading pirated films is stealing  
Stealing is against the law  
Piracy: it's a crime  
(Campaña antipiratería de la MPAA)

Evidentemente, la intención es difundir la idea de que el copyright, en este caso, es equivalente a la propiedad, y que por ende debe ser respetado de idéntica manera. Pero, siendo el ejemplo particularmente interesante por el mecanismo que utiliza, vale la pena detenerse un momento en él. La publicidad busca conducir, mediante *aproximaciones incrementales razonables*, a tratar como equivalentes a la propiedad privada física y la propiedad intelectual. Así, las primeras tres oraciones recuerdan que el espectador es respetuoso de la propiedad privada física, respecto de distintos entes materiales. Y en la cuarta se produce la maniobra clave. Se recalca que el ciudadano observante de la propiedad privada tampoco robaría un DVD de un negocio. Es decir, se demuestra que este ciudadano no está habitualmente dispuesto a apropiarse ilegalmente de materiales audiovisuales. Aceptado esto, la quinta oración se desprende lógicamente: bajar películas a través de Internet es una forma de robo, incoherente con el comportamiento que el receptor acaba de aceptar como legítimo. Sin embargo, la pequeña diferencia que la publicidad vela es que entre la cuarta y la quinta oración se produce el salto de la propiedad física a la propiedad intelectual. Quien no roba un DVD, no lo hace por ser respetuoso de los contenidos filmicos que el soporte óptico porta, sino porque observa las leyes respecto de la propiedad material que lo gobiernan. No está dispuesto a robar al propietario del objeto físico DVD -el negocio que lo comercializa, el amigo que lo ha adquirido-, pero eso no quiere decir que esté indispuesto a violar los derechos de las empresas productoras de los contenidos. El no robo de propiedad intelectual en DVD's, CD's y otros está causado por el límite que la forma impone. Por la legitimación que tiene la propiedad respecto de la materia. La masiva y creciente descarga ilegal de los mismos contenidos audiovisuales que el consumidor no está dispuesto a hurtar de un videoclub pone de manifiesto aquello que el pasaje de la cuarta a la quinta oración quiere disimular: la percepción de los sujetos de la discontinuidad radical entre los derechos sobre el conocimiento y la idea de propiedad.

#### **(v) La propertización: nuevos roles y nuevos ropajes**

Si ante la evidencia presentada en las páginas anteriores aceptamos que el fenómeno de la propertización se ha producido, la pregunta que se impone es ¿por qué? Nuestra respuesta, simplifcadamente, es esta. El rol que jugaba la propiedad privada física durante el período industrial es llevado adelante en la presente etapa por un conjunto de derechos monopólicos sobre las ideas. Como señalamos en la conclusión del capítulo VI, los procesos productivos informacionales, y sus productos, los bienes informacionales, no se rigen más que marginalmente por la propiedad privada física. *Consecuentemente en el período transicional hacia el capitalismo informacional, la llamada propiedad intelectual pugna por ocupar el sitio que le estaba reservado a la propiedad privada física en el período anterior* Designar a los derechos exclusivos sobre el conocimiento como propiedad les permite a éstos dejar atrás las ropas del monopolio, y, riéndose en secreto de los antiguos liberales<sup>40</sup>, enseñorearse en las reuniones que celebran el libre comercio<sup>41</sup>; *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*. En este sentido, dice William Fisher:

Why does the popularity of the term matter? The answer -- as the Legal Realists recognized long ago -- is that legal discourse has power. Specifically, the use of the

term “property” to describe copyrights, patents, trademarks, etc. conveys the impression that they are fundamentally “like” interests in land or tangible personal property -- and should be protected with the same generous panoply of remedies. (Fisher, 1999: 22)

Así, la propertización lingüística es una maniobra performativa: construye sentido con una orientación determinada, que legitima subrepticamente determinados intereses en el discurso público. Como señala Lewis Hyde en una conferencia

In answering this question I’ll be borrowing from the linguist George Lakoff the handy notion that the way we frame our political questions in large part determines how our arguments will end. Framing problems of public finance as being about “tax relief” will lead the discussion one way; framing them as being about owing debt to Chinese banks will lead another. When it comes to intellectual property, of course, the entertainment industry has become very good at framing, always casting the debate in terms of private property and theft. Here’s a typical assertion: “There is no difference in our mind between stealing a pair of shoes in a shoe store and stealing music on-line. A theft is a theft is a theft.” (Hyde, 2005)

Del mismo modo se expresaba Fritz Machlup en los años ‘50, cuando la propertización parecía una empresa sin futuro:

This theory..., was put forth for a political reason: the word property aroused favorable sentiments, the word monopoly unfavorable ones. Thus, it was dangerous to justify the patent as a monopoly grant, even though it was to serve good purposes. By contrast, private property in ideas might be one of the human rights, respected by all. (Machlup, 1958: 167)

Incluso entre los defensores de la propertización hay una clara coincidencia en que el objetivo del fraseo es transferir sentimientos favorables desde una institución consagrada a otra que se topa con dificultades materiales para ejercerse.

Whatever the differences between tangible and intangible property, none of them matter for the urgent problem of devising effective countermeasures to piracy and counterfeiting. *The transference of sentiment from tangible to intangible property looks quite good in this particular setting.* (Epstein, 2008:58)

Pero no se trata tan sólo de que la mutación discursiva desde *monopolios* hacia *propiedad* sirva tan sólo para ganar legitimidad ante el gran público. No es sólo una operación sobre los flujos de CSI Axiológicos: actúa sobre los CSI Normativos. En efecto, tal mutación tiene, también, consecuencias legales concretas. *En términos jurídicos, la propiedad goza de un conjunto de regulaciones que la protegen con una vehemencia notablemente mayor que la que confieren otras instituciones.* En este sentido, Pamela Samuelson, en un artículo que intuía con llamativa precisión los cambios venideros, decía:

Clearly, the word property is a very powerful metaphor that radically changes the stakes in legal disputes. Once a property interest is established, the law provides a wide range of legal protection for it, a much wider range, particularly in the criminal law area, than for breaches of trust or confidence, or other specific kinds of unfair conduct (Samuelson, 1989:398)

If the ground shifts and the plaintiff can assert that a taking of property has occurred, the range of defenses is narrowed. Slowly but surely, the property motif is gaining strength in intellectual property law, changing the balance of power in legal disputes (Samuelson, 1989: 399).

En el mismo sentido se expresa Wendy Gordon:

Too many courts have assumed that all things called ‘property’ should be treated similarly, ignoring the important physical, institutional, and statutory differences that distinguish intellectual ‘property’ from the tangible kind...

Constraining the growth of IP is conceptually attractive but politically difficult, in part because of international agreements and industry pressures, and in part because, ironically, the ‘property’ label itself seems to reassure some judges and legislators that the expansions in IP have legitimacy. (Gordon, 2003: 619, 621)

En términos de Olufunmilayo B. Arewa

Cultural propertization approaches have led to two potentially problematic outcomes in recent years. On the one hand, propertization rhetoric has been an important underpinning to rationalizations for greater intellectual property protection at both the national and global levels. (Arewa, 2007: 7)

O, como dice Stallman:

The term carries a bias that is not hard to see: it suggests thinking about copyright, patents and trademarks by analogy with property rights for physical objects. (This analogy is at odds with the legal philosophies of copyright law, of patent law, and of trademark law, but only specialists know that.) These laws are in fact not much like physical property law, but use of this term leads legislators to change them to be more so. Since that is the change desired by the companies that exercise copyright, patent and trademark powers, the bias of “intellectual property” suits them. (Stallman, 2006:1)

Finalmente, y ya en el siglo XXI, Drahos y Braithwaite constataban el intenso trabajo que los abogados de las empresas titulares de derechos de PI habían llevado adelante:

The legal representatives of owners of large intellectual property holdings in the 20<sup>th</sup> century worked very hard to remove the stigma of monopoly of intellectual property. They knew that once the veil of private property was drawn over what was essentially a state granted monopoly privilege, it would be much harder for public authorities to question the nature of the business arrangements that individual competitors reached with each other using those privileges. (Drahos y Braithwaite, 2002: 51)

## Resumen y Conclusiones de la Primera Sección

En este breve sección hemos discutido dos operaciones relativas al término Propiedad Intelectual: la Unificación y la Propertización. Ambas combinan distintos flujos materiales cognitivos: lingüísticos, axiológicos y normativos. Es decir, son operaciones sobre el fraseo, sobre las expresiones verbales, pero que inciden claramente en los sentimientos valorativos e, incluso, en la forma concreta que toman las regulaciones jurídicas.

La primera de ellas, la Unificación, refiere al hecho de que la expresión Propiedad Intelectual aún en la actualidad a un conjunto de derechos que son sumamente diversos. Mostramos, comparándolos en una decena de variables, que tales derechos no guardan entre sí más que un 'aire de familia'. Mientras en el capitalismo industrial las regulaciones se hallaban escindidas en dos ramas relativamente paralelas, en el período actual los mismos derechos, sumando toda clase de parientes lejanos, se han decidido a festejar a su estirpe mediante toda clase de celebraciones. Además de una pródiga difusión del nombre de la familia –que constatamos con distintos tipos de estadísticas–, la Unificación se lleva a cabo con el auxilio de instituciones específicas: la OMPI y, decisivamente, el ADPIC-TRIPS.

La Propertización, por su parte, tiene por objetivo la transferencia hacia la Propiedad Intelectual de los sentimientos positivos que despierta la Propiedad privada física. Seamos más específicos: nos referimos por un lado a los sentimientos favorables que la noción de propiedad se ha ganado en el grueso de los individuos que navegan en el capitalismo informacional pero, sobre todo, aludimos a las emociones que el término propiedad evoca en los jueces y legisladores. Más aún, vimos que para los juristas la aparición del término “propiedad” implica consecuencias legales lisas y llanas, y no sólo el eco de un perfume agradable. Hemos partido de constatar que la historia de los derechos exclusivos sobre el conocimiento ha conocido toda clase de tensiones con la noción de propiedad privada física. No obstante, presentamos evidencia respecto de que la propertización parece, efectivamente, haberse producido.

*¿Cuál es el significado de estos dos movimientos? Ambos constituyen adaptaciones de las regulaciones capitalistas sobre el conocimiento a la Configuración Material Cognitiva del presente período.* Los rasgos de los procesos productivos informacionales, especialmente la importancia de los flujos de información digital y de tecnologías digitales, llevan a que la propiedad física deba ceder, en el gobierno del sistema, algo del protagonismo que tenía en el capitalismo industrial. A la hora de cumplir este rol complementario, la propiedad intelectual parece verse auxiliada si logra evocar el aura de aquélla. De esto se trata la propertización. La unificación, por su parte, responde a los profundos cambios que jaquean a un conjunto de dicotomías tenidas por naturales durante el capitalismo industrial: economía/cultura, individuo/sociedad, trabajo/ocio, productor/consumidor. En esas dicotomías se asentaba el también dicotómico esquema jurídico de la regulación de los conocimientos en ese período: derechos de autor/propiedad industrial, Convención de Berna/ Convención de París. La caída de las viejas divisiones, combinada con la necesidad de fortalecer a 'la familia', desemboca naturalmente en el significantes unificadorio Propiedad Intelectual

En fin, mediante ambas operaciones, la configuración material cognitiva del capitalismo informacional ha mezclado en un solo brebaje los fluidos de CSI Lingüísticos, Axiológicos y Normativos. En este capítulo tratamos de mostrar que, para bien o para mal, ya lo hemos bebido. No obstante, si la propiedad intelectual aspira a un ascenso que la ponga a gobernar a los procesos productivos y los bienes característicos de la presente etapa, necesita que más y más entes le respondan, que más y más territorios se coloquen bajo su égida. La propertización y la unificación sólo tienen sentido si anudan a las maniobras legitimatorias con las expansivas. Consecuentemente, el alcance de las operaciones de unificación y propertización sólo puede sopesarse estudiando las distintas variables en las que la propiedad

intelectual ha florecido. Eso haremos en los próximos capítulos.

# **Segunda Sección**

## **La expansión de la Propiedad Intelectual en el Capitalismo Informacional**



## Introducción a la Segunda Sección

En los capítulos relativos I y IV del segundo volumen, al analizar los CSI Normativos de los períodos preindustrial e industrial, procedimos señalando algunos hitos jurídicos e institucionales. En este caso, al tratar las regulaciones de los conocimientos en el capitalismo informacional, también lo haremos, pero no ordenaremos el relato en función de ellos, sino más bien de sus consecuencias inmediatas. Discutiremos la expansión de la PI y, sólo cuando tal discusión nos conduzca a enumerar legislaciones y tratados, lo haremos. No obstante, el foco estará en dar una visión de las tendencias en curso, más allá de las modalidades normativas de las que tales tendencias se hayan servido provisionalmente.

En este capítulo dejamos atrás el análisis de la frase propiedad intelectual y nos concentramos en las variables que muestran las huellas de su expansión. En nuestra opinión, esas variables que permiten dar cuenta del avance inconfundible de los derechos monopólicos sobre el conocimiento son: a) La magnitud de los derechos (cuántos derechos se han concedido) b) La duración (cuál es su extensión temporal) c) El alcance (sobre qué entes se pueden asignar los derechos) d) La legislación (qué cantidad de leyes hay que regulen la PI) e) La litigiosidad (cuántos juicios se producen asociados a la PI) f) La jurisdicción (qué cantidad de estados están sujetos a las normas estandarizadas de PI). Las primeras tres variables se discuten en el capítulo II; las segundas, en el capítulo IV. En todos los casos, nuestro objetivo es similar: i) comparar al capitalismo informacional con el capitalismo industrial en la variable en cuestión ii) tratar de relacionar los cambios de la etapa actual con la configuración material cognitiva del período tal como la estudiamos en la tercera sección del volumen II. *Por supuesto, no se trata de que los CSI Normativos que analizamos aquí actúen como “variables dependientes” determinadas por esa configuración material cognitiva. Al igual que el resto de los flujos de conocimientos, las regulaciones sobre propiedad intelectual dialogan en un ida y vuelta dialéctico con la totalidad capitalista.*

Dos salvedades más que valen para todo el recorrido. Por lo general, nos basamos en datos de los EE.UU. Las razones ya las hemos enumerados en otros capítulos: se trata del país que vio nacer el capitalismo informacional y el que todavía lo lidera. Asimismo, cuenta con las mejores estadísticas. Sin embargo, en algunos casos tomamos la perspectiva mundial y en cierta situación excepcional analizamos legislación de la Unión Europea. Naturalmente, al final de la sección presentamos nuestras conclusiones.

**Capítulo III**  
**La expansión en términos de**  
**Magnitud, Duración y Alcance**

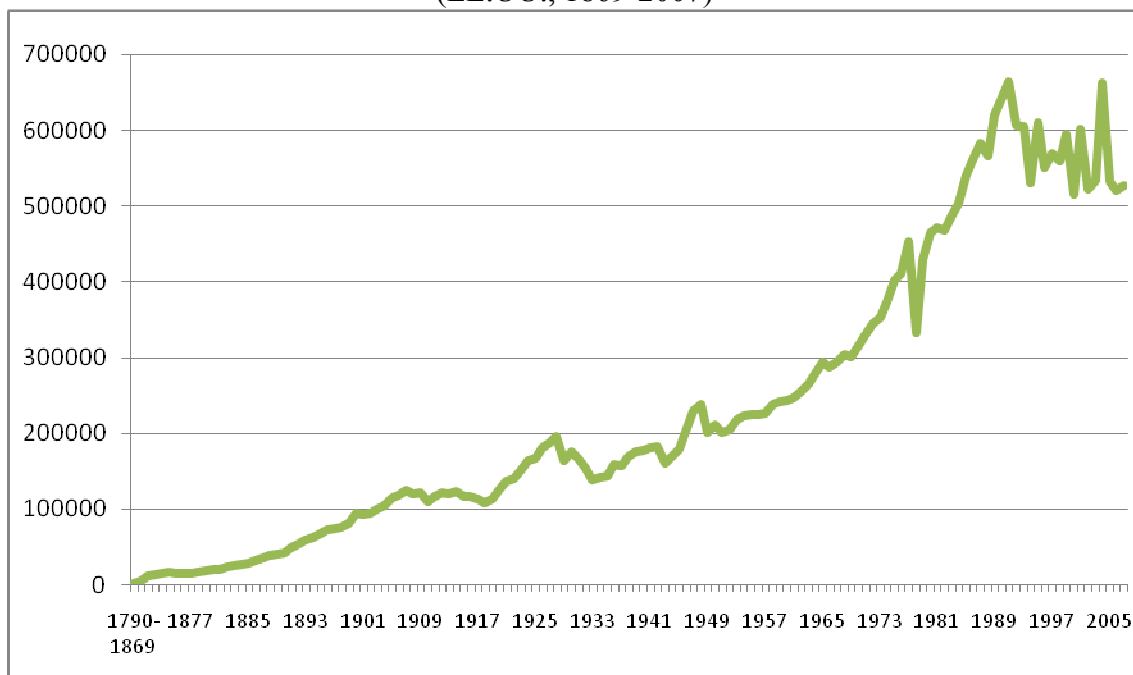
### (i) Incremento en la Magnitud

De acuerdo a nuestra hipótesis, deberíamos encontrar datos que manifiesten un incremento drástico en la cantidad de de derechos de Propiedad Intelectual vigentes, ligado al advenimiento del capitalismo informacional, y particularmente, a determinados aspectos de la Configuración Material Cognitiva del período. Para discutir si esto es o no lo que ha ocurrido, recurrimos a indicadores relativos a los derechos de Copyright, Trademarks y Patentes. Estos son los únicos tres derechos sobre los que contamos con datos. De hecho, presentaremos unos pocos elementos en los primeros dos casos, que son relativamente sencillos, y nos detendremos un poco más en la discusión sobre los incrementos en la magnitud de las patentes.

### Copyrights

Comencemos con los Copyrights. En el gráfico nro. VIII.1 podemos ver la evolución de los derechos en el período 1869-2005.

Gráfico nro. III.1  
Copyrights registrados  
(EE.UU., 1869-2007)



Elaboración propia en base a datos de los informes anuales de la Copyright Office. (El valor de la categoría 1790-1869 indica el promedio anual, ante la carencia de datos desagregados para el período.)

El gráfico sugiere un crecimiento más o menos constante de la cantidad de copyrights registrados. Hasta la década de 1970, esta tendencia ascendente es relativamente pareja. Llamativamente, en 1978 se observa un brusco descenso en la cantidad de los registros: una caída interanual del 27%. A partir de entonces, la pendiente retoma su sesgo creciente, que mantiene durante toda la década del '80, mientras que en el decenio siguiente se inicia un trayecto de altibajos el cual se prolonga hasta el presente.

Esto parece ser todo lo contrario de lo que esperábamos. En primer lugar, no parece haber novedad alguna en los últimos años respecto del incremento de los copyrights. Esta

tendencia se venía observando desde el comienzo de la serie. En segundo lugar, más aún, el advenimiento del capitalismo informacional llega acompañado del descenso absoluto de la cantidad de registros. De hecho, el gráfico parece respaldar una hipótesis simétricamente opuesta a la nuestra: la tendencia incremental respecto a la cantidad de de los copyrights es menos importante en el capitalismo informacional que en el capitalismo industrial.

Sin embargo, esa lectura del gráfico carece del marco adecuado. Específicamente, le falta una dato fundamental que cambia por completo el sentido de los datos. En 1976 se sanciona la Copyright Act en el Congreso de los EE.UU. Esta legislación introduce una serie de profundos cambios. De hecho, esta pieza jurídica –como veremos también en otras secciones- es una de las piedras basales del capitalismo informacional. *El aspecto decisivo para la cuestión que analizamos aquí es que los copyrights pasan a concederse - desde el momento en que la obra queda fijada en algún soporte- de manera automática, por defecto y sin mediar voluntad manifiesta del autor. Esto es, el registro deja de ser un requisito para obtener la protección jurídica.*

La primera reflexión, obvia, es que a partir de 1978 -que es cuando la Copyright Act entró en vigencia- el dato respecto de los copyrights registrados pierde toda relevancia al efecto de indicarnos qué es lo que ocurre con la cantidad de derechos vigentes. Registros y derechos se divorcian. Así, por ejemplo, el fuerte descenso de ese año en modo alguno manifiesta una caída de los derechos, sino tan sólo una merma de los registros. Por otra parte, mientras antes sólo un porcentaje limitado de las obras reclamaban el copyright (Lessig, 2004:154) ahora todas están enmarcadas por él. Pero para insistir en que la cantidad de derechos de copyright vigentes se ha expandido conviene mencionar otros dos aspectos de la *Copyright Act de 1976* que, aunque se analizarán específicamente más adelante, actúan solidariamente con la protección automática. Se trata, por un lado, de la importante extensión de la duración de los derechos. El cambio es complejo de describir brevemente, pero digamos, por caso, que mientras antes de la sanción de la nueva legislación la duración mínima era de 28 años, ahora pasaba a ser de unos 75. Así, mientras la protección automática expande la cantidad de obras sujetas a copyright en presente y futuro, la extensión en la duración elonga los derechos que vienen del pasado. Por otro lado, la incorporación de nuevos entes a la protección del copyright confluye en la expansión del total de derechos. En este sentido, la Copyright Act luego establecerá la protección del software bajo esta modalidad. Por supuesto, la expansión monumental de la cantidad de "obras" de software colabora con la expansión en la magnitud.

En resumen, la protección automática -de manera decisiva-, junto con la extensión de la duración del copyright y su aplicación a nuevos entes –de modo complementario- implican una brutal expansión de la magnitud de las obras bajo copyright. 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. En otras palabras, todo lo que protege el copyright surge de procesos productivos informacionales. Naturalmente, la concesión automática, a la vez que nos señala inequívocamente la dirección de la tendencia, nos dificulta acceder a la precisión cuantitativa del cambio. Una enorme cantidad de obras que efectivamente se encuentran bajo copyright no se hallan catalogadas por organismo alguno ni hay forma de estimarlas cuantitativamente con un mínimo de precisión.

Ahora bien, si todo esto es correcto, cabe preguntarse por qué se han seguido produciendo registros con posterioridad a 1978. Lejos de haber tendido a 0, los registros, con altibajos, se han mantenido en niveles altos. ¿Por qué incurrir en costos considerables para registrar una obra que goza de la protección por defecto? Una respuesta sencilla es la que incluye la Copyright Office de los EE.UU. entre sus FAQ.

*Why should I register my work if copyright protection is automatic?*

Registration is recommended for a number of reasons. Many choose to register their works because they wish to have the facts of their copyright on the public record and have a certificate of registration. Registered works may be eligible for statutory damages and attorney's fees in successful litigation. Finally, if registration occurs within 5 years of publication, it is considered *prima facie* evidence in a court of law. See Circular 1, *Copyright Basics*, section "Copyright Registration" and Circular 38b, *Highlights of Copyright Amendments Contained in the Uruguay Round Agreements Act (URAA)*, on non-U.S. works. (U.S. Copyright Office, <http://www.copyright.gov/help/faq/faq-general.html#automatic>)

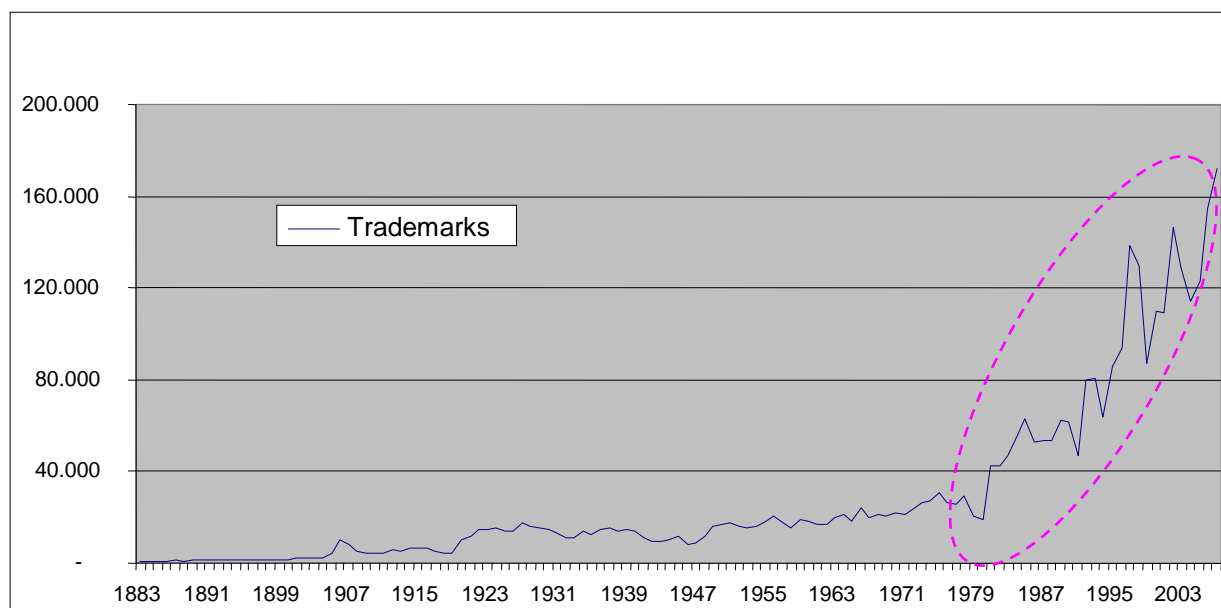
De modo que el registro representa para el titular de los derechos de copyright un conjunto de ventajas técnicas en caso de un litigio. Así, quienes son titulares de obras comercialmente valiosas o que estiman que derivarán en disputas judiciales, optan por llenar los formularios y pagar las tasas correspondientes. El gráfico con que comenzamos el análisis, entonces, ha de leerse en dos partes. Antes de 1978 representa, efectivamente, la cantidad de copyrights concedidos en un año determinado. Pero, a partir de 1978, refleja sólo el subconjunto de los copyrights cuyos titulares presumen que enfrentarán algún tipo de situación litigiosa.

Así, tal vez, el renovado ascenso de los '80 y las intermitencias en los '90 puedan asociarse a los vaivenes judiciales y, sobre todo, a la percepción de los titulares respecto de la eficacia judicial en el *enforcement* de los derechos.

### Los derechos de marcas ("trademarks")

El terreno de las marcas ha sido mucho menos estudiado para brindar indicadores relativos a la actividad económica y la innovación que las patentes y el copyright. No obstante, un conjunto de trabajos recientes han empezado a tomarlas en cuenta (Gundersen, 2010; Millot, 2009; Malmberg, 2005; Landes y Posner, 1987) Disponemos de pocas estadísticas, no obstante lo cual, las que tenemos nos bastan para señalar la tendencia que nos interesa.

Gráfico nro III.2  
Trademarks registradas  
(EE.UU., 1883-2007)



Fuente: Elaboración propia en base a datos de la WIPO y la USPTO<sup>42</sup>

A partir de fines de los años '70 cambia la pendiente de las marcas registradas, y el ascenso se vuelve dramático. No obstante, el recorrido está lleno de altibajos. Esto se debe a un aspecto particular de las trademarks: la alta sensibilidad de las solicitudes a los fenómenos económicos<sup>43</sup>. Las expectativas positivas generan enormes incrementos en los registros y las negativas, descensos repentinos. Por ejemplo, la crisis de 2008 y 2009 representó un descenso de un 16% y de un 20% en las aplicaciones interanuales, respectivamente (Gundersen, 2010). A su vez, el ascenso y caída del Nasdaq en 1999-2001 llevó a consecuentes picos en ambos sentidos. En cualquier caso, es importante notar que la tendencia hacia un alza sostenida desde fines de los '70 no es un fenómeno exclusivamente norteamericano: se produce a nivel mundial (Melliot, 2009: 19, Figura 1).

Ahora bien ¿cómo se relaciona este incremento con los rasgos del capitalismo informacional? En nuestra opinión, uno de los elementos clave es el fenómeno de la escasez de atención que hemos estudiado en el capítulo VI. En una etapa de sobreabundancia de información, vimos, la atención humana es el recurso escaso. Las marcas funcionan como estacas en la dinámica de la atención humana. Nos recuerdan que ya hemos experimentado un determinado ente (una mercancía o no), y que podemos canalizar con confianza nuestros flujos de atención hacia él. *A medida la atención humana se vuelve más valiosa, la inversión en las marcas se torna más rentable*. Claro, esto no implica sólo el registro (que es lo que medimos aquí) sino la propaganda y una serie de actividades pomposas que suelen adornarse con el sufijo *-ing*.

A su vez, en una etapa en la que los individuos se reconocen a través de su integración a Redes, muchas de esas redes están hegemónizadas por marcas distintivas.

A lo largo de la historia de la humanidad las personas siempre se reconocieron grupalmente por portar ciertas identificaciones, por cierto modo de vestir, por ciertos perfumes. Sin embargo, sólo en una etapa muy reciente del capitalismo industrial eso empezó a tomar la forma de reconocerse a través de las marcas que se utilizan. Y, sólo en el capitalismo informacional, a través de la masificación de las redes como forma de reconocimiento fundamental, las marcas se vuelven una mediación decisiva. El ejemplo evidente es el de los Sitios de Redes Sociales: Facebook, Twitter, etc. Pero lo mismo ocurre con las marcas de zapatilla, ropa, teléfonos celulares, etc. Si este fuera un texto afín al humanismo marxista, diríamos que las marcas han operado una inversión fetichista en los últimos años: ya no funcionan sólo para reconocer al *objeto*, sino también y sobre todo para identificar al *sujeto*. Esta extensión de la función marcaria –estudiada de manera periodística por el best seller *No Logo* de Naomi Klein-, podría impulsar parte del incremento.

El último aspecto relativo a la forma en la que las marcas se relacionan con el advenimiento del capitalismo informacional es el de los registros de dominios de Internet. Esto no tiene nada de llamativo: repentinamente apareció un campo disponible para la cosecha de toda clase de identificaciones marcarias y las firmas y los particulares no tardaron en aprovecharlo. Los nombres de las páginas han generado una enorme cantidad de solicitudes, especialmente en el período 1997-2000 (Gundersen, 2010). Desafortunadamente, carecemos de los números que precisen la magnitud de esta participación.

En fin, más allá de estas interpretaciones tentativas, lo que es indudable, es que al igual que el copyright, las trademarks se han extendido con virulencia en los últimos años. Pasemos ahora a estudiar el terreno, más dificultoso, de las patentes.

## Patentes

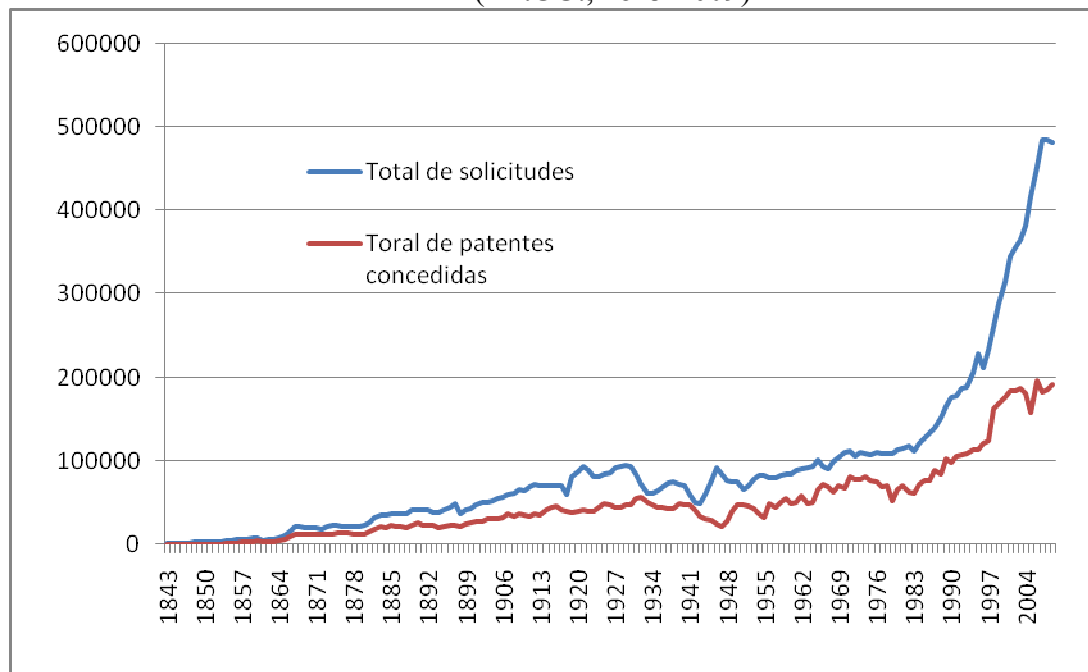
El caso de las cantidades de patentes concedidas es mucho más complejo. Aquí no hay

nada parecido a un patentamiento automático y, además, puede señalarse que el incremento en la cantidad de patentes otorgadas (si es que lo hubo) es un fenómeno que caracteriza a toda la economía y no sólo a los procesos productivos informacionales. Más aún, en el caso de las patentes no se distingue *una* modificación legislativa que adecuara brutalmente el sistema al capitalismo informacional. No se aprecia nada parecido a las Actas de Copyright de 1976 o aún de 1998. Pero vayamos en orden.

## Cantidades

El primer punto consiste en ver si efectivamente hubo un incremento del patentamiento en los últimos años. Para ello, en el gráfico nro. III.3 podemos ver la evolución de la cantidad de aplicaciones y de patentes totales concedidas en los EE.UU. entre 1843 y 2009.

Gráfico nro. III.3  
Solicitudes presentadas y Patentes otorgadas  
(EE.UU., 1843-2009)



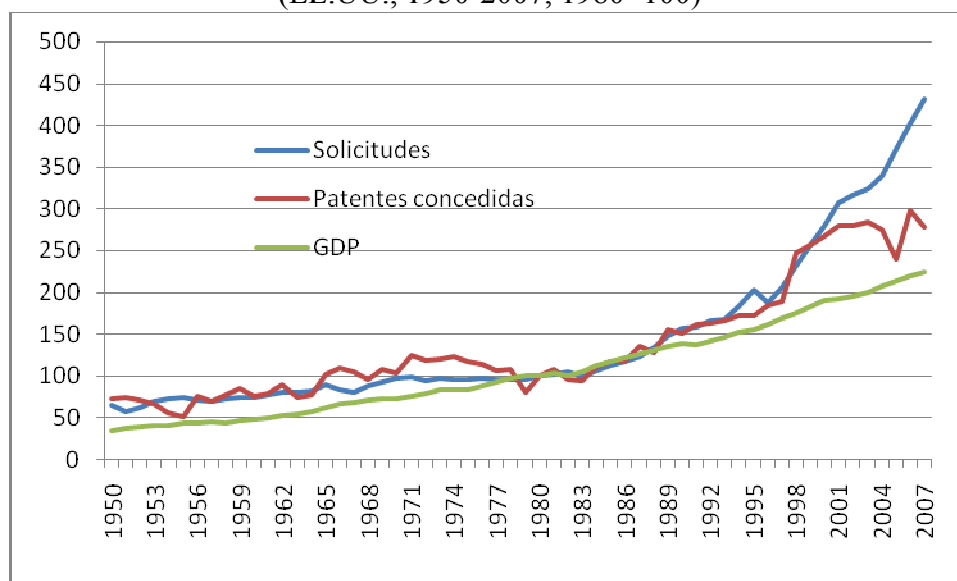
Fuente: Elaboración propia en base a datos de la United States Patents and Trademark Office (USPTO), Electronic Information Products Division, Patent Technology Monitoring Team (PTMT).

El gráfico muestra con claridad el incremento enorme en la cantidad de solicitudes que se produce desde los años '80. Este no es un dato menor: la presentación tiene costos económicos importantes y sólo incurren en ella las firmas que tienen un interés real. En relación a la curva de solicitudes, la de las patentes efectivamente concedidas parece tener menos inflexiones. Sin embargo, si se estudian los números se advierte con claridad que, en la misma época, hay un brusco giro ascendente de ésta última aunque, claro está, en los últimos años de la serie se produce un desfase entre las peticiones y las patentes concedidas. Esto ha de examinarse con cuidado. A primera vista, parecería que la diferencia entre ambas pendientes se debería a una tendencia de la oficina de patentes (USPTO) a endurecer los requisitos para conceder el derecho. Esto, efectivamente, es lo que ocurría cuando ambas curvas se separaban a mediados del siglo XX. Lo que ocurre en el nuevo milenio es un fenómeno completamente distinto. La cantidad de solicitudes y, sobre todo, la complejidad de los temas que abarcan es tal que los comisionados de patentes no alcanzan a dar cuenta de

todas ellas en los plazos correspondientes. Si bien esto ocurre en varios países del mundo, en los EE.UU. es dónde esta tendencia es más acusada. Por ejemplo, en 2004 había unas 750.000 aplicaciones esperando ser revisadas por la USPTO. En 2006, esa cifra había trepado a más de 1.120.000 (un 49,6% de aumento). Del mismo modo, el tiempo de espera de una aplicación para ser revisada por primera vez pasó de unos 15 meses en 1999 a unos 25 en 2007 (WIPO, 2008:51).

De cualquier forma, podría señalarse que la evolución de las patentes no ha de medirse in abstracto. Y que habría que compararla con los incrementos del producto, por caso. Atendiendo a esa objeción, presentamos el gráfico nro. VIII.3, en el que comparamos las aplicaciones y las patentes efectivamente otorgadas con el producto, en base 100.

Gráfico nro. III.4  
Solicitudes, patentes concedidas y Producto Bruto  
(EE.UU., 1950-2007, 1980=100)



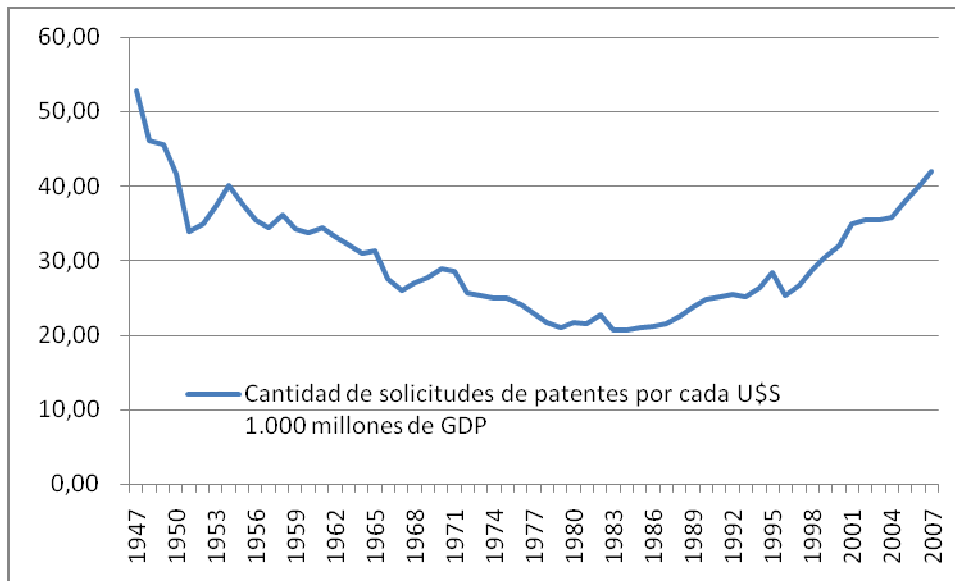
Fuente: Elaboración propia en base a datos de la United States Patents and Trademark Office (USPTO), Electronic Information Products Division, Patent Technology Monitoring Team (PTMT) y a datos del NBER (National Bureau of Economic Research).

El gráfico parece confirmar que la evolución del producto está vinculada, aunque en algunos períodos y débilmente, al 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, si nos concentramos en el período que nos interesa, es claro que la curva del producto y las de solicitudes y patentes presentan desempeños diferenciales. Nótese que la pendiente de crecimiento del GDP per cápita se mantiene más o menos constante desde la década del '50 hasta el fin de la serie. Si las patentes estuvieran fuertemente condicionadas por el ciclo económico deberían observar un comportamiento similar. Por el contrario, en el gráfico se aprecia que a partir del señalado extremo de 1979 las patentes modifican su pendiente hacia una dirección notablemente más empinada que la del producto. Otra forma de presentar los datos, quizás mejor que el gráfico de base 100, es la de la evolución de la cantidad de patentes por cierta unidad de producto, (la “intensidad del patentamiento”).

Gráfico nro. III.5



Cantidad de solicitudes de patentes por cada U\$S 1000 millones de GDP  
(EE.UU., 1947-2007)



Fuente: Elaboración propia en base a datos de la United States Patents and Trademark Office (USTPO), Electronic Information Products Division, Patent Technology Monitoring Team (PTMT) y a datos del NBER (National Bureau of Economic Research).

En este gráfico observamos que, efectivamente, a partir de inicios de los '80 se produce un claro cambio de tendencia. Desde entonces la cantidad de patentes por unidad de producto deja de disminuir y comienza un rumbo ascendente. En fin, parece claro que otras fuerzas, que exceden al simple crecimiento de la riqueza nacional, empujan a la presentación de las solicitudes y su concesión.

Ahora bien, si estamos de acuerdo en qué se ha producido un aumento en la magnitud de los derechos reclamados y otorgados, hay que preguntarse por el porqué de esos cambios.

#### Causas inmediatas

Las causas *inmediatas* parecen ser de tres tipos: Legales, judiciales y administrativas.

Como mencionamos, los cambios no tomaron la forma de una ley omnicomprensiva. Sin embargo, hubo al menos dos legislaciones que tuvieron impactos dignos de mencionar. En primer lugar, la *Bayh-Dole Act* (o *University and Small Business Patent Procedures Act*) de 1980. Ella permite que las instituciones sin fines de lucro, las pequeñas empresas y, sobre todo, las *universidades y los laboratorios que investigan con fondos del estado*, puedan patentar los productos de su actividad. Más aún, la idea era estimular el licenciamiento exclusivo de esos productos a firmas particulares<sup>44</sup>. Naturalmente, esto aumentó la cantidad de aplicaciones de patentes a través de los activos equipos de propiedad intelectual de las grandes universidades norteamericanas, decididos a valorizar sus trabajos científicos y tecnológicos.

El segundo cambio legislativo parece ser el más importante. Se trata de la creación, en 1982 y mediante la *Federal Courts Improvement Act*, de la *CAFC* (*Court of Appeals for the Federal Circuit*). Esta Corte de apelaciones se creó con el fin de homogeneizar la variedad de criterios que circulaban, en relación a temas de propiedad intelectual, en las cortes inferiores.

While the Federal Circuit was ostensibly formed strictly to unify patent doctrine, it was no doubt hoped by some (and expected by others) that the new court would make subtle

alterations in the doctrinal fabric, with an eye toward expanding the scope of patent protection. To judge by results, that is exactly what happened. (Merges, Menell y Lemley, 2006:123).

En efecto, parece haber consenso respecto de que la homogeneización tenía impulsada por la CAFC tenía un sesgo favorable a los aplicantes o titulares de las patentes (p.ej. Allison & Lemley, 1998; Drunner, Jakes & Kerceski, 1995; Merges, 1988; Moore, 2000). Los resultados de las sentencias parecen, a su vez, confirmar esto:

This change in procedure is widely believed to have had a profound impact on the substantive outcomes of patent litigation. Before 1980, a district court finding that a patent was valid and infringed was upheld on appeal 62% of the time; between 1982 and 1990 this percentage rose to 90%. Conversely, before 1980 appeals courts overturned only 12% of district court findings of patent invalidity or non-infringement; that percentage rose to 28% in the later period . (Jaffe, 2000:5)

De manera adicional, hay que mencionar que la homogeneización internacional que produjo el TRIPS, y que veremos más adelante, llevó a algunos cambios en el sistema de patentes norteamericano (p.ej, cambios en la duración de las patentes). De manera más notoria, el TRIPS contribuyó a generar la sensación de que los EE.UU. estaban dispuestos a dar pelea a nivel mundial para defender los derechos de los titulares de patentes.

Entre los cambios judiciales hay que nombrar a tres que nos ocuparán en la sección sobre incremento del alcance (scope) de los derechos. La primera mención debe ser para el famoso caso *Diamond vs Chakrabarty* (1980) y la segunda para *Diamond vs Diehr* (1981). El resultado de ambos pleitos fue incorporar al mundo de lo patentable a nuevos entes, soportes cognitivos que antes se hallaban excluidos. El primer caso redundó en el inicio del patentamiento de la materia viva, antes prohibido explícitamente. El segundo, en el patentamiento del software, que también venía siendo rechazado. Consecuentemente, dos poderosas industrias productoras de bienes informacionales (primarios y terciarios, respectivamente) vinieron a aumentar las cantidades de patentes concedidas. El tercer caso ocurre en 1998: [\*State Street Bank v. Signature Financial Group\*](#). El punto decisivo es que permite las patentes sobre métodos para hacer negocios. Aunque el caso es complejo y se relaciona con el software, el punto es que hasta entonces no se permitía patentar algo que no fuera o estuviera relacionado con una tecnología. Cuando antes el patentamiento era sólo relativo a CSO Tecnológicos, estos tres casos abren las puertas al patentamiento de CSB, CSO ID y CSS. Veremos luego que estas categorías, sobre todo las dos primeras, tienen un impacto notable en el crecimiento del total de aplicaciones y patentes.

La novedad que hemos denominado – quizás de forma poco afortunada-, como *administrativa*, surgió de un profundo cambio en la política de las oficinas de patentes de EE.UU. y Europa. Como señala Dominique Foray

The main aspect of changes concerns the fact that patent offices have completely given up their regulatory role, as the amusing example of the Australian office shows<sup>45</sup>. Until the 1970's, the general view of patent offices was that patents were anticompetitive and not good for the economy. Patent offices were more often considered "rejection offices" that institutions for supporting innovators. They therefore played a significant regulatory role, blocking or slowing down private appropriation in certain fields.(...) For several reasons patent offices have become extremely propatent since the late 1980s. (Foray, 2006: 151)

La referencia al caso extremo de la oficina de patentes de Australia es simpática. Conocida por su baja escrupulosidad a la hora de garantizar los derechos, otorgó una patente un invento

descrito como "a circular transportaron facilitation device", o bien, la rueda. (Foray, 2006:135).

Sin dudas, la idea de que el aumento del patentamiento se debe en buena medida a cambios en la predisposición de los organismos que aceptan o rechazan las aplicaciones, las legislaciones relativas a las patentes y algunos fallos jurídicos decisivos es acertada. Sin embargo, la pregunta obvia y ausente es ¿por qué? ¿Por qué instituciones con una extensa tradición en un sentido, cambian en unos pocos años sus estándares?

Uno de los problemas de las que explicaciones que hacen descansar a los virajes de históricos en golpes de timón de alguna institución puntual, es de orden lógico. Atribuyen causalidad a algo sobre lo que ni siquiera se preguntan en qué medida es una *causa efficiens*, una *variable independiente* y en qué medida es sino una *variable interviniente*. Encontrada una relación, se abandona la interrogación respecto de si estamos tratando con una energía motriz que obra la modificación en la variable dependiente o, tan sólo, con una correa de transmisión de fuerzas que la exceden con mucho. Un buen complemento a los valiosos aportes hechos por los economistas evolucionistas –o regulacionistas, o neoshumpeterianos– consistiría en que muestren que los cambios en la predisposición a otorgar patentes son *relativamente autónomos*, para sindicarlos como una causa soberana. Habría que encontrar, como intenta la sociología de la ciencia y la tecnología –tal vez con más voluntad que éxito–, los factores endógenos que habrían desencadenado el cambio. Pero el problema no es sólo que esto no se hace. Es que no se hace porque esa empresa está, desde una perspectiva dialéctica, inefablemente condenada al fracaso. No hay factores autónomos, hay movimientos de la totalidad.

En efecto, si las modificaciones legislativas, las fallos judiciales, las tendencias de las oficinas de patentes fueran causas independientes ¿cómo explicar que todas concurren en la misma época? Más aún ¿cómo explicar que en otras áreas –copyrights y trademarks, por lo pronto– se producen también incrementos en la magnitud de los derechos concedidos? ¿No habrá algún vínculo?

Dejemos las reflexiones más generales para las conclusiones de este capítulo. Aquí queremos aportar un pequeño elemento de juicio. En este sentido, en nuestra opinión un factor importante que dialoga con los cambios en leyes, fallos y administraciones es el de las transformaciones en los procesos productivos. Entendiendo, claro está, a los procesos productivos en relación a la Configuración Material Cognitiva del período. Vale insistir: no hablamos sólo de fenómenos "económicos", sino de los ecos del renovado metabolismo de la totalidad capitalista, de los flujos de los más diversos tipos de conocimientos.

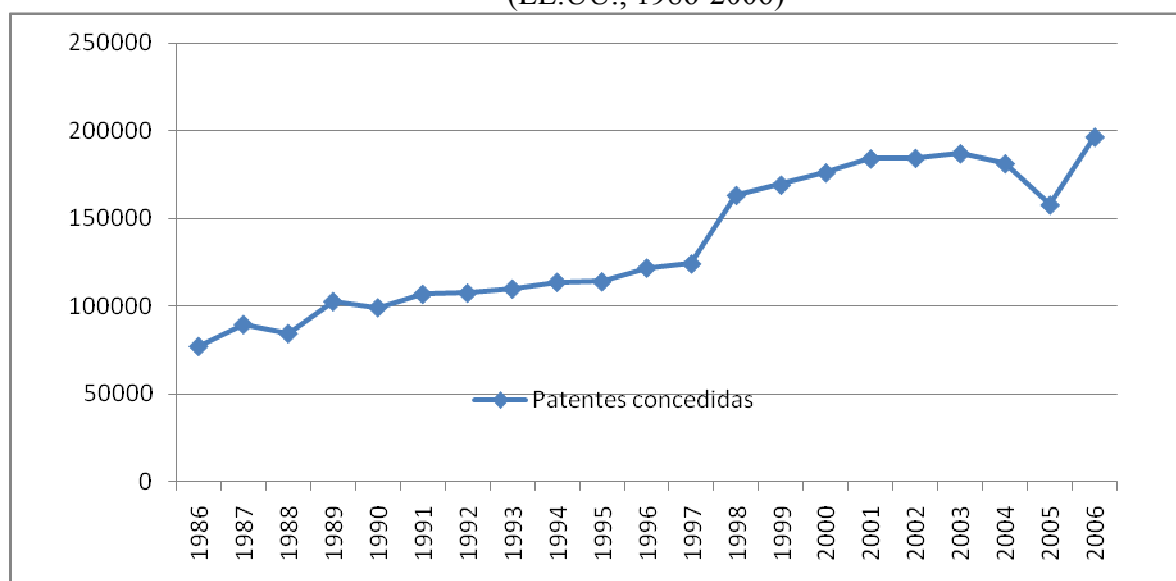
Una afinidad mediata: Los procesos productivos informacionales y el incremento del patentamiento.

En el caso de las patentes, no podemos rastrear rápidamente –como en ocasión del Copyright o en la historia del TRIPS– cómo los cambios productivos desembocaron en las transformaciones legales, jurídicas y administrativas. No obstante, sí podemos dar cuenta de la 'afinidad electiva' de los procesos productivos informacionales y los incrementos en el patentamiento. No buscamos imputar ninguna clase de causalidad, sino constatar que el incremento del patentamiento tiene un núcleo duro, un poderoso motor en derredor de los Bienes Informacionales.

Para simplificar, nos enfocamos en el incremento de las patentes efectivamente concedidas en el período 1986-2006, para el que disponemos de datos pormenorizados. El total de derechos otorgados se ha multiplicado por 2,55 en tal período.

Gráfico nro. III.6

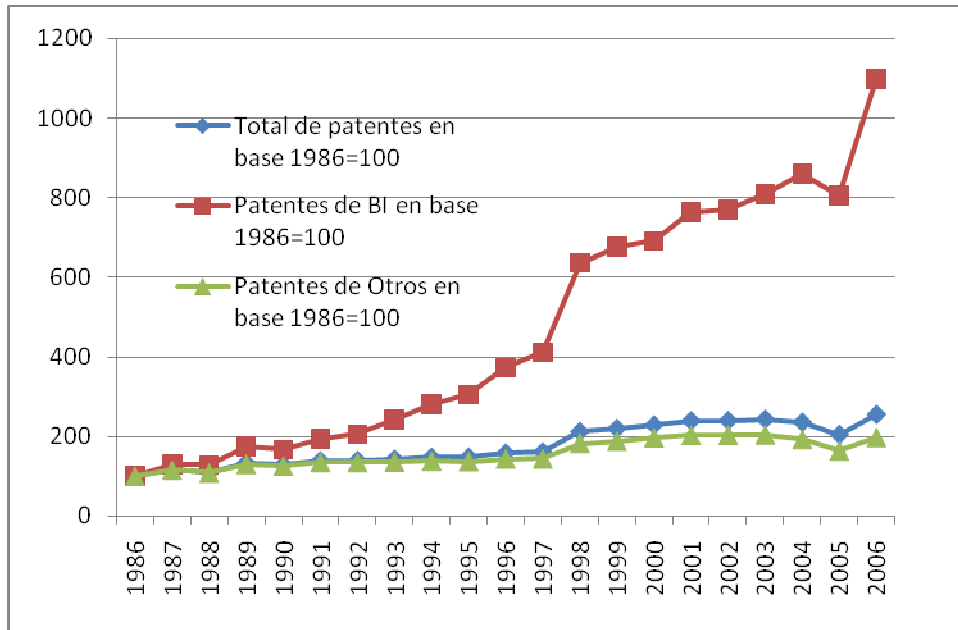
Patentes concedidas  
(EE.UU., 1986-2006)



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).

Ahora, si desagregamos lo 461 rubros que registra la USPTO y separamos a los bienes informacionales (primarios secundarios y terciarios), obtenemos un resultado notable<sup>46</sup>. De los 20 rubros que más crecieron en la cantidad de patentes, sólo 2 no corresponden a Bienes Informacionales<sup>47</sup>. De los 55 rubros que más crecieron en el período, que son, prácticamente, todos los que están por encima de la media, 37 son de BI. De los 18 restantes, 6<sup>48</sup> son en parte procesos productivos de BI y en parte no y sólo 12<sup>49</sup> son decididamente procesos alejados de los procesos productivos informacionales. En el siguiente gráfico comparamos las patentes otorgadas a los 37 rubros que identificamos como de BI<sup>50</sup> con el total de los rubros, en base 1986=100.

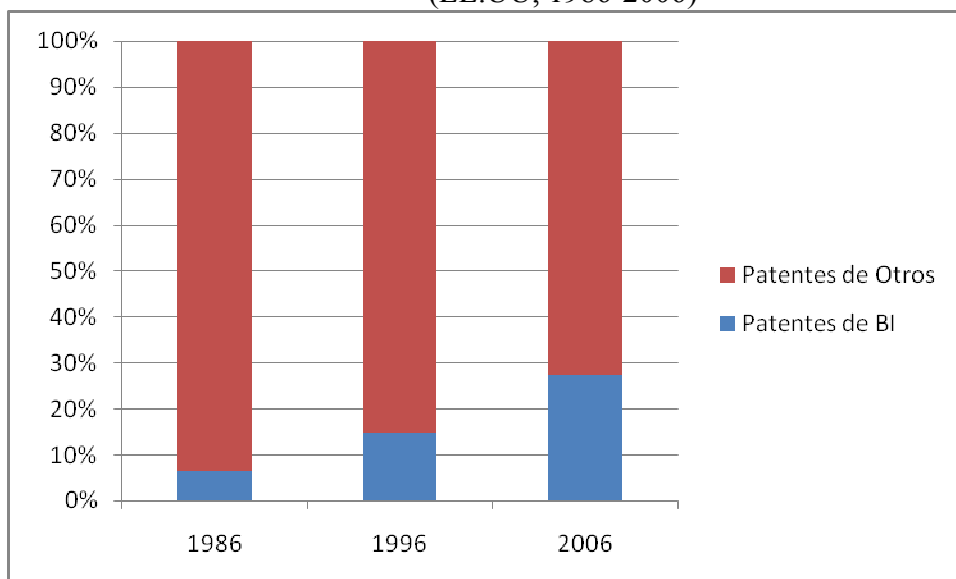
Gráfico nro. III.7  
Patentes concedidas a Bienes Informacionales y Otros  
(EE.UU., 1986-2006)



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

Mientras las patentes totales se multiplicaron en el período de referencia por 2,55 (y las de Otros por 1,96) los BI incrementaron en 11 veces la magnitud de derechos obtenidos. Observando la cercanía de las curvas de patentes Totales y Otros, puede señalarse que la ausencia de los BI no cambia demasiado el panorama total, esto es, que pese a su crecimiento los BI representan una fracción insignificante del total de patentes concedidas. En efecto, esto era cierto durante los '80 y principios de los '90. Pero luego, la participación de los BI en el total de patentes va dejando de ser despreciable y en el lejano 2006, ya alcanzaba más de un 27% del total.

Gráfico nro. III.8  
Porcentaje de patentes de BI y Otros en el total de patentes concedidas (EE.UU, 1986-2006)



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

Así, parece claro que la expansión cuantitativa de las patentes está asociada – de manera notable aunque no exclusiva - a la expansión del patentamiento de los BI. Si tuviéramos datos sistemáticos relativos no ya a la cantidad sino al valor de las patentes, esta tendencia sería mucho más acusada. Pero si estamos de acuerdo en que los procesos productivos informacionales encabezan e impulsan la locomotora del patentamiento, corresponde preguntarse: ¿por qué lo hacen?

Durante algún tiempo, sosteníamos la opinión de que esto se debía al temor a las externalidades positivas del conocimiento (Zuckerfeld, 2008b). Al fin y al cabo, las patentes se originaron y se desarrollaron con ese fin. Los procesos productivos informacionales, al tener altas dosis de un insumo replicable como es la ID, parecen radicalmente vulnerables a la copia. Este razonamiento explica perfectamente lo que ocurre con la expansión del copyright y los derechos de autor. También funciona, en parte, para dar cuenta de lo que sucede con *algunas* patentes. En algunas industrias, la copia es perfectamente posible, si se cuentan con la información digital correspondiente. Sin embargo, en el grueso de las industrias que más patentan, la copia no es tan sencilla: se requieren costosas instalaciones, conocimientos subjetivos implícitos, organizacionales, etc., toda una serie de saberes que no se reemplazan con algunos flujos de ID. Claro, en esas industrias también opera el temor a la copia intercapitalista: a que alguna otra empresa que ya cuente con la capacidad instalada, los conocimientos subjetivos, etc, copie un esquema de un semiconductor, de un fármaco o de un software. De hecho, en algunos casos, la copia no podía impedirse ni siquiera contando con las patentes, como ocurrió en los ´80 con la industria de los semiconductores japonesa (Vid. infra). Pero, pese a todo esto, la literatura muestra que esta explicación es incompleta. En términos de la economía, las patentes en muchos sectores no tienen por fin principal el ser un mecanismo de apropiabilidad, de limitar las externalidades positivas del conocimiento, como en períodos anteriores. Las firmas que más patentan, en buena medida, lo hacen por motivos complementarios y novedosos.

### El nuevo rol de las patentes en el capitalismo informacional

Y ¿cuáles son esos nuevos motivos para patentar? La respuesta es que el incremento en las patentes se debe al nuevo rol que el conocimiento como mercancía asume en la presente etapa del capitalismo. Las patentes ayudan a dar forma mercantil a moléculas de conocimientos.

Como vimos en el capítulo XI del volumen anterior, los procesos productivos de las “empresas red” tienen cada vez menor autonomía. Las firmas se hallan integradas en complejas redes de subcontratistas y el producto final suele contar con intervenciones de un sinnúmero de empresas. Ellas aportan diversas formas de *materia/energía* al resultado final. En el caso particular de la producción de bienes informacionales ocurre algo de eso, pero respecto de la multitud de *conocimientos* que se ensamblan. La velocidad de los avances, la complejidad de los procesos, las externalidades de redes y otros fenómenos hacen que en un producto deban integrarse diversos flujos de conocimientos que se han producido por parte de diversas firmas. Las patentes actúan, así, como mecanismos para asegurar estos pequeños stocks de conocimientos. Cumplen una importante función señalizando el mercado: ante la competencia, posibles socios en las redes productivas, capitales de riesgo, etc. En este sentido, recordemos que las empresas informacionales no son propietarias, *en términos relativos*, de grandes cantidades de materia/energía: no tienen fábricas comparables a las de las automotrices, no tienen grandes cantidades de empleados como los supermercados, etc. *En ese marco, las patentes son una forma decisiva de mostrar las mercancías que tienen para ofrecer.* A su vez, las patentes elevan las barreras de entrada. Las firmas que quieren llegar a

competir a un nicho de mercado deben licenciar una multitud de patentes para poder añadir su pequeña contribución novedosa.

En otras palabras: en el capitalismo industrial las patentes eran un mecanismo *defensivo* –para evitar la copia- y el titular obtenía sus beneficios de la venta del bien patentado. El conocimiento de la patente daba identidad al producto<sup>51</sup>. En la presente etapa, especialmente en los procesos productivos informacionales, ha emergido un poderoso mercado de conocimientos, independientemente de que ellos se cristalicen en productos o no. El objeto de la patente no es proteger tal futuro bien, sino transformar, *ofensivamente*, a las moléculas cognitivas en mercancías<sup>52</sup>.

Tal tendencia puede ilustrarse, por ejemplo, con la orientación que ha tomado Texas Instruments a partir de los años '80. A partir de un programa de patentes elaborado y ejecutado por Melvin Sharp, la propiedad intelectual dejó de ser un recurso auxiliar o un mero resguardo para pasar a ser un arma ofensiva. Como dice el mismo Sharp:

Most people try to gain a return on research and development through their new products and see intellectual property as an ancillary thing. But intellectual property can itself be looked at as a strategic asset that can give a return on research and development. (Melvin Sharp, entrevista con el NYT, Fischer, 1992)

Con esta lógica, cambia en cierta medida el esquema de negocios de las firmas innovadoras. Durante el capitalismo industrial, las empresas invertían en R&D con el objetivo de desarrollar productos. La venta de esos productos era la fuente única de la ganancia de esas empresas, y la propiedad intelectual, un recurso defensivo utilizado ante la posibilidad de que la competencia imitara el producto novedoso. En cambio, en el esquema que Texas Instruments y otras compañías empiezan a adoptar crecientemente en el capitalismo informacional, la inversión en R&D está orientada a obtener patentes y otros derechos de propiedad intelectual. Ya no es la venta de productos terminados la fuente única de ganancias.

Indeed, Texas Instruments has in recent quarters earned more from licensing fees than from operations. In 1991, the company had a net loss of \$409 million, but it earned \$256 million in royalty revenue, compared with \$172 million in 1990. (Fisher, 1992)

Cuando estudiamos, en el mencionado capítulo XI del segundo volumen a la Empresa Red, vimos que había casos extremos en los que las firmas sólo aportan su “marca”, mientras todo el resto del proceso está tercerizado. La empresa McDonald's, por ejemplo, no se dedica tanto a vender hamburguesas, como a vender la marca para que otros hagan hamburguesas; no tanto a la venta al consumidor (B2C) como a la venta a otras empresas (B2B). Aquí ocurre algo en parte similar: las empresas patentan comerciar con otras firmas.

It is no longer in product markets but in intangible assets where advantage is built and defended. There is no such thing as a privileged product market position –unless it rests on some upstream intangible asset. (Teece, 1998:77)

A su vez, cuando vimos los mercados de las Tecnologías Digitales y la Información Digital, (capítulos VIII y IX del segundo volumen) mencionamos reiteradamente las enormes externalidades de redes, las guerras de estándares y la modalidad “winner-take-all”. Consecuentemente, el patentamiento juega un rol importante aquí. Las firmas buscan poner, en distintas líneas de productos, elementos de negociación que las incluyan en alianzas estratégicas. Por más que una firma no cuente con ningún producto que sea un estándar para el usuario, si logra una patente relativa a algún pequeño procedimiento *que sea un estándar para las otras firmas*, la patente habrá cumplido su misión. Esta no necesariamente consistirá en la venta o el licenciamiento unilateral sino, más comúnmente, en las licencias cruzadas (dos empresas se permiten el uso de sus respectivos fragmentos de conocimientos) o en la

alianza (las dos firmas desarrollan en conjunto su producto).



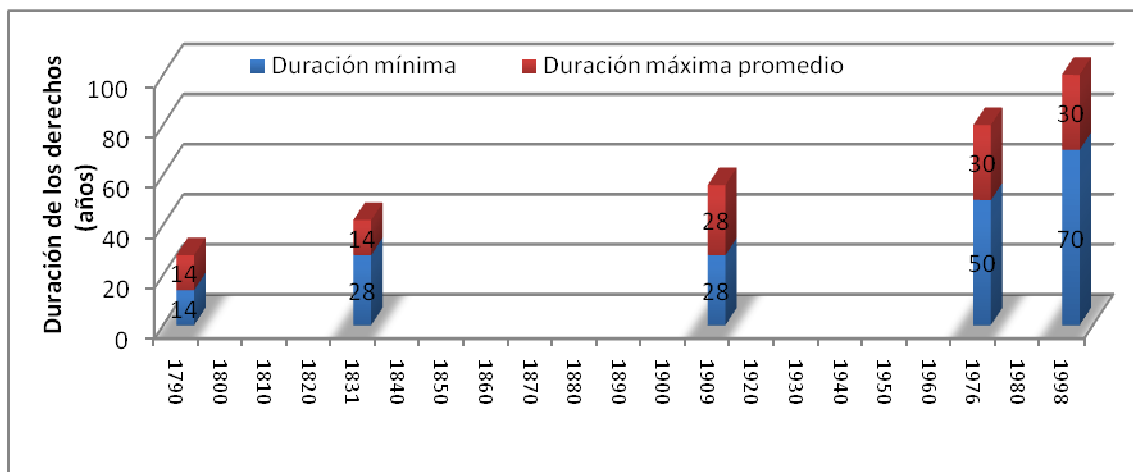
## (ii) Incremento en la Duración

Pese a que el incremento de la duración de los derechos es uno de los más publicitados fenómenos relativos a la expansión de los derechos de propiedad intelectual, su impacto es limitado. 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. No tiene impacto en las trademarks, los tradesecrets y otros derechos. Transitemos brevemente por los cambios relativos a los primeros dos derechos.

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<sup>53</sup>. Sin embargo, según Lessig (2004:153), sólo para el 5% de las obras publicadas entre 1790 y 1800 se solicitó el copyright. En 1831 y en 1909 se producen extensiones. La primera duplica el plazo inicial y mantiene el renovable. La segunda, duplica también éste último, resultando en 28 años de protección inicial y otros 28 años de renovación. Sin embargo, el gran salto es con la Copyright Act de 1976. Además de la concesión automática acentuada 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.

Gráfico nro. III.9  
Evolución de la legislación de 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 primarios, 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 informacional un impacto indirecto. Es el de ir transformando una institución que, como vimos, buscaba engrandecer el dominio público en una pura forma de 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<sup>54</sup>. 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 20 años, el beneficio social es de 10 años. Algo así ocurría en el capitalismo industrial. Pero en el capitalismo informacional 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 20 años, el beneficio social es de -16. 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<sup>55</sup>. 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. Típicamente, en la industria farmacéutica, las empresas descubren que un determinado componente patentado posee propiedades adicionales que antes no habían sido notadas y que, casualmente, vienen a revelarse justo cuando la patente estaba por expirar<sup>56</sup>.

### (iii) 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 informacional. Más y más formas de conocimiento, que antes no estaban reguladas, no existían o que, incluso, eran explícitamente excluidas del mundo de las mercancías, son ahora subsumidas por uno o varios derechos de propiedad intelectual. En ese proceso de expansión se revelan, inequívocas, las limitaciones del esquema dicotómico derechos de autor (cultura)-propiedad industrial (economía) que regía la regulación mercantil de los conocimientos en el capitalismo industrial. Examinaremos, primero, las curiosas expansiones para abarcar al software. Luego, mencionaremos brevemente otra novedad relativa a la protección de cierta forma de ID: la regulación de las bases de datos. En tercer lugar repasamos los hitos relativos al conocido fenómeno del patentamiento de entes biológicos. En cuarto término, nos referimos al todavía poco conocido, pero ascendente, “right of publicity”. Finalmente, comentamos otro derecho sui generis: el que custodia a los semiconductores. Nuestra enumeración dista de ser exhaustiva. Apenas mencionamos algunos derechos especialmente relevantes para la perspectiva de nuestro marco teórico. No obstante, un trabajo más específico debería dar cuenta de los avances ocurridos con otros derechos<sup>57</sup>.

### Información Digital, la expansión sobre el software: Copyright y patentes

Luego de varios años de dudas respecto de cómo insertar al software en los regímenes de propiedad intelectual, el Congreso de los EE.UU. formó, en 1974, una comisión (CONTU) para estudiar las alternativas. Luego un prudencial período de audiencias y reportes, la comisión entregó un informe final en el que recomendaba proteger al software bajo copyright, en 1978. El congreso aprobó una legislación casi idéntica a la sugerida por la comisión en 1980, estableciendo uno de los hitos jurídicos fundacionales del capitalismo informacional.

Si bien el copyright originalmente estaba orientado sólo hacia obras literarias, durante el capitalismo industrial había ido extendiéndose para abarcar música, películas, fotografías, etc. Al fin y al cabo se trata de bienes sumamente emparentados cuya inclusión adaptaba el espíritu fundante a las novedades tecnológicas. Pero con la extensión al software ocurre algo completamente distinto. 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.

Esta orientación regulatoria no solo es contraintuitiva, sino que es hostil a la legislación y la doctrina norteamericana de la época. Como señalan Menell, Merges y Lemley (2006:968) la legislación sobre copyrights -17 USC 102(b)- excluye explícitamente “any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery”. En el mismo sentido, Pamela Samuelson cita el caso Baker vs Selden que estableció, a fines del siglo XIX, una clara separación entre aquello que se puede proteger por copyright y aquello que corresponde a las patentes:

...to give to the author of the book an exclusive property in the [useful] art described therein, when no examination of its novelty has ever been officially made, would be a surprise and a fraud upon the public. That is the province of letters-patent, not of copyright.” (Baker v. Selden, 1879, citado en Samuelson, 2008:6-7)

La idea interesante aquí es bien específica. No se trata de negar el copyright sólo porque no se trate de obras “culturales”, sino porque los mecanismos descritos mediante textos *no han sido examinados para comprobar su nivel de novedad, altura inventiva*, etc. La protección de

un software bajo copyright esquivaba la evaluación de sus aportes relativos, decisiva en el régimen de patentes para decidir si se concede o no la protección.

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 individual<sup>58</sup>. Nada nos diría de los motivos reales de la protección del software bajo copyright. Pero, entonces, ¿por qué se protege al software bajo copyright?

Aparentemente, un elemento importante habría surgido de la firme tradición que impedía registrar algoritmos matemáticos como patentes: los softwares no son otra cosa que algoritmos. Consecuentemente, la CONTU y sus asesores habrían pensado que la imposibilidad de que la Cortes aceptaran el patentamiento les dejaba al copyright como la mejor alternativa. Sin embargo este argumento presenta limitaciones. Una es que poco a poco los softwares sí han ido consiguiendo, cada vez más, ciertas patentes, como veremos enseguida. 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 ocurre todo lo contrario. *Esa unión simboliza, en nuestra opinión, el núcleo duro de la fundación legal del capitalismo informacional.*

Para explicar esta idea lo primero que debe ser enfatizado es que el software viene a romper la división entre economía y cultura que, como vimos en el Capítulo V, estructuraba los regímenes de patentes y copyrights del capitalismo industrial. El software es conocimiento codificado, es decir, información –y por ende asociada al mundo del copyright-, pero es una forma de información que hace cosas, que obra resultados, que produce efectos –afín por esto al mundo de las patentes-. No hay resolución posible para esta tensión dentro de las dicotomías del capitalismo industrial. El capitalismo informacional se *adapta* –en el sentido de la economía evolucionista-, recurriendo a los materiales institucionales que tiene a mano. Esto es, no puede crear un nuevo sistema jurídico *ex nihili*, sino que, como primera medida, *intenta* encauzar esta nueva y decisiva herramienta productiva con las modalidades regulatorias que vienen de antaño.

Pero ¿por qué el copyright? ¿Qué tienen en común los textos, las películas y la música con el software? *Desde una perspectiva materialista cognitiva la respuesta es muy sencilla: tienen en común que están hechos de o pueden traducirse a Información Digital. Consecuentemente, todas esas formas de conocimientos presentan una gran vulnerabilidad al replicabilidad de la ID por lo cual, han de ser protegidos con la herramienta más poderosa del sistema de propiedad intelectual.*

Así, 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<sup>59</sup>.

Pero el software no sólo conquistó el terreno del copyright, sino que, por vía judicial,

fue ingresando al mundo de las patentes. Hasta los años '80 tanto las oficinas de patentes de los EE.UU. (la USTPO) 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 y otro en *Parker vs. Flook*, 437 U.S. 584 (1978). 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 USTPO 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 configuración material cognitiva 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, los nuevos procesos productivos llevan a que la coherencia doctrinaria respecto de la lógica del capitalismo industrial 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 procesos productivos informacionales 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 informacional significa pisotear las doctrinas del capitalismo industrial.*

### **Información Digital, Bases de datos: Derecho Sui generis y Copyright**

La otra forma en la que la ID aparece mercantilizada y subordinada a la propiedad intelectual es la de la protección sui generis de *Bases de Datos*. Si bien durante un largo período las bases de datos se protegieron bajo copyright esto implicaba que el arreglo de la información tenía que alcanzar un cierto nivel de originalidad. No obstante, en 1996 la Unión Europea aprobó una directiva por la cual concedía un régimen especial, *sui generis*, para las bases de datos que sin cumplir el umbral de originalidad del copyright, tuvieran un sustancial esfuerzo económico en su confección:

a right for the maker of a database which shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presenting of the contents to prevent extraction and/or reutilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database. (European Commission's Directive on the Legal Protection of Databases citado en Cardinale, 2007:158)

La novedad de este tipo de protección radica en que no trata de avanzar incentivando la creación de nuevos conocimientos, sino en tomar desde el dominio público ciertos flujos de saberes y mercantilizarlos. A su vez, el mismo diseño de los esquema legales de este régimen sui generis van en contra de la tradicional excepción del “fair use” que se aplica al copyright: aquí no hay usos transformativos, ni es necesario copiar la totalidad de la “expresión” para violar la norma. De hecho, la distinción tradicional idea/expresión no se aplica a este tipo de regulación. Como señala, preocupado, el historiador económico Paul David:

What is more problematic for the long run, however, is that an unchecked bias towards expanding of the domain of information-goods within which private property institutions and market mechanisms flourish, is steadily encroaching upon the domain of public information. In doing so, it has tended to weaken, and may in the end seriously undermine those non-market institutions which historically have proved themselves to be especially effective in sustaining rapid growth in the scientific and technological knowledge base that is available to be exploited.(David, 2000:3)

Hay que aclarar, sin embargo, que pese a los sucesivos intentos, el Congreso de los EE.UU. todavía no ha aprobado ninguna legislación similar (una historia sobre estos intentos puede leerse en Cardinale, 2007). Cabe esperar, no obstante, que más pronto o más tarde, le llegue la hora a alguna regulación de este tipo en territorio norteamericano. En cualquier caso, el punto es que las bases de datos se vuelven un producto cada vez más valioso. Protegidas por alguna interpretación de las legislaciones de derechos de autor o por estos regímenes sui generis, lo decisivo es que las compilaciones de datos son un activo clave. En el caso de las protecciones bajo copyright o derechos de autor –suponiendo que se sortee el umbral de originalidad- el resultado no deja de ser llamativo: otra vez estamos ante el caso de un producto netamente industrial, alejado de la creación cultural, cuando no de toda creación, que se protege mediante el recurso de tratarlo como obra literaria.

Naturalmente, la importancia de las bases de datos se relaciona con las enormes masas de ID que se producen en el mundo. Sin embargo, para que esas masas de información tengan valor, han de ser ordenadas y administradas. Ese trabajo clave de organización de la información es el que de una u otra forma se trata de mercantilizar. Al fin de cuentas, no se trata sólo de las colecciones de datos científicos (que preocupan a David) sino de las cada vez más relevantes bases confeccionadas por los Sitios de Redes Sociales –que surgen de datos ofrecidos de manera más o menos voluntaria por los usuarios-, por Google y otros buscadores –datos dejados como “huellas digitales”, y muchas otras empresas. La venta de publicidad dirigida y la venta misma de las bases de datos dependen de lograr ciertos niveles de exclusión sobre conjuntos de informaciones que no solían ser manipulados por empresas: o bien eran enteramente públicas –como los datos estatales que ahora comercian algunas empresas europeas-, o bien eran propios de los individuos particulares –como las fechas de cumpleaños, gustos, amigos, etc que nutren las bases de los sitios de redes sociales-. Las bases de datos, protegidas de una u otra forma, hacen ingresar al mercado en ámbitos que le eran ajenos (fuera por el límite de la privacidad o por el del dominio público).

### **Los Conocimientos de Soporte Biológico y las patentes**

Hasta aquí, la propiedad intelectual ha aparecido como una forma de *reforzar el status mercantil* de determinados bienes. Un libro o una máquina *ya eran mercancías* hechas y derechos contarán o no 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 vinculada a las externalidades del conocimiento, a sus

rasgos de bien público parcial. Pero con las formas de Conocimientos de Soporte Biológico Orgánico y Posorgánico del capitalismo informacional ocurre algo distinto: *se transforma en mercancía algo que durante mucho tiempo no lo era*. Durante buena parte de su existencia, las legislaciones sobre patentes mantuvieron ciertas exclusiones, ciertas limitaciones. Recién vimos como se desmoronó una de ellas, la de los algoritmos matemáticos en la forma de programas de computadoras. Otra de esas exclusiones era la de los seres vivos. Aunque a lo largo del siglo XX se hicieron ciertas concesiones menores<sup>60</sup>, el grueso de las prohibiciones se mantenían: no se podían patentar, por ejemplo, semillas, animales ni, mucho menos, genes humanos. El giro drástico viene en la misma época en la que el software se empieza a patentar.

En 1971 el doctor Ananda Chakrabarty, de la General Electric Company, desarrolló mediante cierta forma de ingeniería genética un microbio capaz de comer petróleo. Lo juzgó útil para fines ecológicos e intentó patentarlo ese mismo año. Tras largos años de estudio, la USPTO rechazó el pedido, siguiendo la mencionada doctrina de que los productos de la naturaleza y los seres vivos no son patentables. Chakrabaty apeló hasta que la Corte Suprema, por un solo voto de diferencia, le otorgó la patente en 1980 (Grace, 1998:168-169). En el dictamen de la mayoría se leía:

Congress thus recognized that the relevant distinction was not between living and inanimate things, but between products of nature, whether living or not, and human-made inventions. Here, respondent's micro-organism is the result of human ingenuity and research. Hence, the passage of the Plant Patent Act affords the Government no support. (Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 1980 447 U.S. 303)

Reinterpretando la legislación de manera contraria a la historia previa, los jueces que ganaron la votación sostenían que *la distinción entre lo vivo y lo inerte no era una que tuviera importancia para la posibilidad de otorgar patentes. Esto puede ser visto como una de las declaraciones fundacionales del capitalismo informacional, no sólo en términos legales, sino también filosóficos*. Como vimos en el volumen II, el contexto de esta decisión es el del desarrollo de las fuerzas productivas respecto de los conocimientos de soporte biológico. Una vez más hay que insistir en que rechazamos la idea marxista de que la presión de la infraestructura económica habría impulsado a la superestructura jurídica a adaptarse. *En nuestra opinión, el cambio viene de las múltiples interacciones entre los distintos flujos de conocimientos de la configuración material del capitalismo informacional, que incluyen pero trascienden a los avances en biotecnologías y sus posibilidades comerciales*.

En fin, a partir de este fallo, la tendencia a permitir el patentamiento de materia viva se expandió e internacionalizó. Vimos oportunamente como a las plantas siguieron animales cada vez más sofisticados: en 1988 se patentó un ratón, el famoso OncoMouse. En marzo de 1995, la USPTO otorgó una patente sobre el material genético de un ciudadano extranjero, “un hagahai de las tierras altas de Papuasias-Nueva Guinea” (Grace, 1998:240. La combinación del patentamiento humano con el fenómeno de la llamada biopiratería es más un símbolo que una contingencia). Muchos otros casos de mercantilización de genes humanos seguirían a este paso inaugural (Rifkin, 2000) y la lista de los entes vivos patentables no ha dejado de expandirse<sup>61</sup>.

A nivel internacional, el patentamiento de seres vivos se halla consagrado en el ADPIC-TRIPS 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 científica. Este tipo de ambigüedad legal respecto de la materia viva se observa también en la Directiva 98/44/EC del

Parlamento Europeo y del Consejo 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 Dominique 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 explicación es simple y afín a lo que comentamos respecto del software. 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: los conocimientos intersubjetivos que, originados en el capitalismo industrial, todavía reverberan. Para ellos, la vida es sagrada y el patentamiento de entes biológicos fue siempre un tabú. El otro amo es la masa de flujos cognitivos –especialmente los intersubjetivos- característicos del capitalismo informacional. 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 parcialmente en los valores morales de una racionalidad moderna y humanista, centrada en el individuo.

### **EL CSI Reconocimiento y la Atención: El “Right of publicity”**

Una de las expansiones notables es la que se ha dado a través del “right of publicity”, “derecho a la imagen pública”, “derecho de celebrities” u otras denominaciones. Situado en un terreno que combina elementos de las trademarks, el derecho a la privacidad y los derechos de autor, se trata de una regulación que todavía no se ha estabilizado a nivel internacional. De hecho, ni siquiera hay una ley federal norteamericana, aunque sí regulaciones estatales<sup>62</sup> y varios fallos judiciales. ¿De qué se trata el “right of publicity”? De conceder derechos sobre todas las *manifestaciones* públicas de la personalidad de un sujeto<sup>63</sup>. A diferencia del copyright, que se ocupa de las manifestaciones fijadas en un medio tangible, o de las marcas, que refieren a un conjunto de símbolos definidos, el right of publicity tiene como rasgo decisivo la indefinición de los objetos que abarca. Cualquier cosa que exprese la personalidad de una *celebrity* es pasible de ser protegida.

El origen del término y de su carrera judicial datan de 1953, cuando un beisbolista ganó un juicio relativo a la impresión de su imagen en unos juegos de cartas (*Haelen Laboratories, Inc. Vs. Topps Chewing Gum*, 202 F2d866 2 Circ. 1953). Aquí la adjudicación era más o menos sencilla. Si bien los derechos excedían a los del copyright –porque no se trataba de quién era el titular de la fijación particular, de la fotografía- era claro que se trataba de un aspecto bien definido de la personalidad: la imagen física de esa personalidad. Esto no era demasiado lejano del derecho a la privacidad.

Pero, en 1971, California, líder mundial en este derecho, estableció un estatuto llamado “Unauthorized Commercial Use of Name, Voice, Signature, Photograph or Likeness” (Cal. Civ. Code, 3344, vid. Menell, Merges y Lemley, 2006:885). El término interesante es el último, que dejaba bastante espacio abierto para futuras interpretaciones. Algunos años después, en 1984, California extendió los derechos a personas fallecidas. Esto no es un detalle: transformando al right of publicity en un derecho hereditario le dio uno de los rasgos decisivos de la propiedad.

En los años ‘80 la cantante y actriz Bette Midler inició un juicio a la compañía Ford



Motor Co. acusándola de aprovecharse, en un comercial, *de su modo de cantar*. Esto es, no se trataba de un tema cantado por Midler, ni de una composición suya, ni de un método que ella hubiera estipulado, sino de algo mucho más difícil de aprehender y codificar, como el estilo. El juez Noonan, en el veredicto final escribió que:

A voice is not copyrightable. The sounds are not fixed. What is put forward as protectable here is more personal than any work of authorship.(...) that the defendants...did appropriate part of her identity” (Juez Noonan, citado en Menell, Merges y Lemley, 2006:887-889)<sup>64</sup>

Luego de rechazar la protección bajo copyright, Noonan advierte que lo que se está protegiendo es algo mucho más personal, más identitario. Si bien este caso señalaba en dirección a la expansión del Right of Publicity, la voz sigue siendo algo razonablemente personal. En cambio, un avance llamativo se dio en 1993, con el caso White vs. Samsung. La conductora televisiva Vanna White acusaba a la empresa Samsung de utilizar su apariencia – específicamente su peinado, su joyería y una rueda de la fortuna similar a la de su programa – en un comercial, sin consultarla ni pagarle. La particularidad está dada porque la imitación tomó la forma de un robot, con lo cual el parecido es más difícil de notar. El lector puede formarse su propia opinión comparando las imágenes.

Gráfico nro.III.10  
Vanna White y aviso publicitario de Samsung.



Fuente:Wikipedia.org.

White terminó ganando el pleito. Escribiendo por la mayoría, el Juez Kozinsnki señalaba que:  
The panel majority holds that the right of publicity *must extend beyond name and likeness*, to any appropriation of White’s identity, *anything that evokes her personality*”  
(Juez Kozinsnki en *White vs. Samsung*, 989 F.2d 1512)

Es decir, se va más allá del estatuto de California, para incluir bajo protección la etérea categoría de “cualquier cosa que evoque la personalidad”.

¿Cuál es el significado de este reciente derecho y de su constante expansión? *El aspecto más notable es que se mercantilizan entes inaprehensibles*. A diferencia de lo que ocurre con todos los derechos de propiedad intelectual previos, no es necesario aquí contar con una definición anterior de qué es aquello que se protege. Se otorgan derechos propietarios sobre

toda posible manifestación de una personalidad. Los analistas pronostican que la expansión de este derecho está lejos de haber encontrado un techo.

Commercialization of celebrity personas only recently has invaded our daily lives, and the effect of this invasion has been pervasive, both culturally and legally. As such the protection surrounding such personas has continued to grow amorphously. The exact contours of protection continue to be redefined, and the nature of the property itself continues to expand in certain directions while contracting in others. However, as this commercialization continues to grow, the clear trend is that the property rights associated with these personas will continue expanding as well. (Warshavsky, 2006:32)

Pero ¿cómo se relaciona esto con la configuración material del capitalismo informacional? En nuestra opinión el vínculo es simple (y no tiene nada que ver con la ética de la protección del individuo que aparecía en el fallo del Juez Noonan). Uno de los rasgos decisivos de la etapa es la escasez de atención. La *celebrity*, vimos hacia el final del capítulo VI, es un imán que atrae ese recurso escaso y es la figura prototípica del período, el *dividuo típico ideal*. De hecho, concentrar flujos de atención no es un rasgo lateral, sino el que hace a la misma definición de la *celebrity*; condición necesaria y suficiente. Esos flujos de atención, que navegan sobre redes de reconocimiento que desembocan en el famoso, han de ser custodiados por el capitalismo informacional. Más precisamente, han de ser objeto de propiedad, mercantilización y transacciones monetarias. El Right of Publicity es uno de los mecanismos llamados a cumplir esa función. En efecto, esto explica porqué se aplica sobre las celebrities y no sobre el común de los mortales: este derecho no protege las manifestaciones de la identidad de cualquier sujeto, por más que esto se diga en los fallos, sino los flujos de atención de unos seres muy particulares que son los “famosos”<sup>65</sup>. A su vez, la inasibilidad y la inespecificidad del right of publicity tal vez emerjan de que las venas y arterias de reconocimiento y la sangre de la atención que custodian sean difíciles de objetivar. Así, este derecho rige una sustancia muy distinta de la información digital que concierne al copyright o de los CSB sobre los que han avanzado las patentes<sup>66</sup>.

### **Las Tecnologías digitales: régimen sui generis de protección de semiconductores:**

Mientras las patentes se alejan de su finalidad originaria para pasar a abarcar los terrenos más disímiles, otros derechos vienen a auxiliarlas en su territorio natural. En efecto, 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 en algunos ámbitos académicos, cierto pero excesivo, 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. Una vez más, estamos ante un caso de piratería perfectamente amparado por el régimen legal vigente.

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.

Es evidente que esta regulación surge de la importancia que tiene en el capitalismo informacional la industria de los semiconductores. Pero hay que mencionar que, también en este caso, sorprende la aparición de un régimen sui generis. A primera vista parecería que el objeto protegido puede ser bien custodiado por las patentes. Lo interesante es que, como vimos oportunamente, el proceso de producción de un microchip tiene un importante componente litográfico. Es decir, es decisiva la parte del diseño de los planos y la impresión de esos planos en láminas de silicio. *Así como el software tienen la particularidad de ser información que hace cosas, los chips son cosas hechas básicamente de información. Aunque las respuestas dadas en cada caso hayan sido distintas, unos y otros jaquean las escisiones del capitalismo industrial.*

La otra lección fundamental de esta historia es de orden geopolítico. En su período de despegue, las empresas japonesas, copiaban los desarrollos norteamericanos. Y avanzaban a partir de ellos, *sin que esto representara violación alguna a la ley local*. Por el contrario, la observancia rígida de la legislación defensora de la propiedad intelectual en los EE.UU. protegía a los innovadores tecnológicos frente a la competencia en los EE.UU., *frente a capitales situados en el territorio norteamericano*. Pero no sólo no los protegía respecto de la competencia de empresas situadas en otras geografías, sino que la incentivaba. El ascenso de Japón y otros países asiáticos hacia el liderazgo en microelectrónica no puede entenderse soslayando esta diferencia regulatoria<sup>67</sup>, como tampoco pueden entenderse la iniciativa de los EEUU para modificar esto a partir de 1984 con la SCPA y, luego, en el TRIPS<sup>68</sup>.

**Capítulo IV**  
**La expansión en términos de**  
**Legislación, Litigios y Jurisdicción**

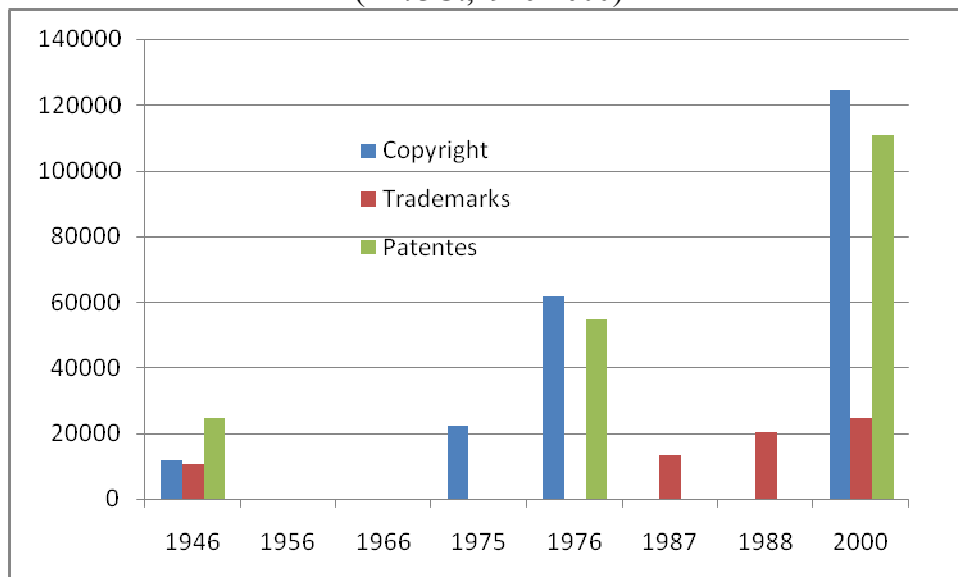
### (i) Incremento en la legislación

Las expansiones en varios de los terrenos que ya hemos discutido y las que veremos más adelante se realizan con la valiosa intermediación de novedades legislativas. Aunque en cada caso hemos ido enumerando las leyes clave, en este punto queremos agregar algunos aspectos generales complementarios. El primero de ellos consiste en mensurar la expansión legislativa no en términos de cuántas normas se han sancionado, sino destacando el tamaño de las provisiones vigentes. Esto da cuenta *del incremento en la cantidad de conductas tipificadas* y no del número de leyes. En segundo lugar, y dado que la enumeración total de las leyes y modificaciones sancionadas es una tarea algo reiterativa respecto de lo dicho en otros párrafos, nos concentramos en un tipo de legislación: la de índole penal. Su cantidad, modesta y su relevancia, enorme en términos sociológicos, tornan a la tarea de la enumeración provechosa.

#### Las palabras y las leyes

Dos de los más prominentes expertos en el área, William Landes y Richard Posner, publicaron en 2004 un pequeño libro que incluía entre sus objetivos el de medir la expansión de los derechos de propiedad intelectual en los EE.UU. Aunque la única variable que consideraron es la de la magnitud de la legislación, lo hicieron de un modo original que recuperamos aquí. Los autores contaron la *cantidad de palabras* que tenían las distintas legislaciones vinculadas a algunos derechos de PI. Esta metodología presenta varias limitaciones –p.ej.no se considera si las *palabras* son favorables a los privados o al dominio público-. No obstante, resultan un complemento sugerente para nuestro análisis dado que consideran la magnitud de conductas normadas, más que la cantidad de normas. *Esto es relevante cara dar cuenta de aquellas modificaciones menores que se han ido agregando en el Código sin el revuelo que causan los grandes cambios*: la modificación de un artículo algún año, el agregado de este inciso en el siguiente, etc. Landes y Posner sólo ofrecen algunos datos y lo hacen para Copyrights, Patentes y Trademarks.

Gráfico nro.IV.1  
Cantidad de palabras en el US Code relativas a Copyright, Patentes y Trademarks  
(EE.UU.,1946-2000)



Fuente: Landes y Posner, 2004:2

No es sorprendente ver que el copyright es el derecho que más incrementó sus provisiones legislativas. Naturalmente, esto ha sido impulsado ante todo –pero no sólo- por las legislaciones de 1976 (Copyright Act) y 1998 (DMCA). La cantidad de codificaciones sobre trademarks, curiosamente, ha crecido muy poco. Pese al enorme incremento de los registros que vimos más arriba, y a los de las legislaciones penales, que veremos luego, las cantidades de palabras no han ascendido a un ritmo tan importante. Posiblemente, esto se deba a que los derechos de marcas no han necesitado cambios profundos en su estructura básica. O, mejor dicho, a que los ajustes en el terreno de las marcas se han hecho con reemplazos y no tanto con agregados. En cualquier caso, este indicador no captura bien el enorme endurecimiento de las penas para los infractores. Sin embargo, son las patentes las que muestran el resultado más valioso de este cuadro. Hemos señalado que, contrariamente al copyright, no hubo grandes legislaciones que modificaran de cuajo la legislación de patentes para adaptarla al capitalismo informacional. Las excepciones son la Bayh Dole Act y la creación de la CAFC, pero ésta última no supuso un cambio en la legislación de patentes. Las profundas transformaciones respecto de la posibilidad de patentar seres vivos, software, métodos para hacer negocios, etc. se han producido mediante fallos judiciales. No obstante, este es el punto interesante: de manera más o menos silenciosa la cantidad de líneas del US Code dedicado a las patentes ha crecido enormemente. ¿Qué significa esto? Que con pequeñas adaptaciones convalidantes de las tendencias doctrinarias, la legislación de patentes se ha ido adaptando al capitalismo informacional. Esta tendencia no hubiera podido ser apreciada como no fuera recurriendo al método de Landes y Posner, por lo demás limitado.

#### Las leyes y las penas

Si bien presentar de manera sistemática las nuevas leyes –aún dejando de lado las modificaciones posteriores- es una tarea reiterativa y compleja, podemos encararla acotando el universo a las legislaciones penales. Ellas son muchas menos, pero su importancia es enorme: nos hablan de aquello que un colectivo social protege de manera más celosa.

En efecto, de manera más o menos constante, surcando diversas épocas y geografías, las infracciones a las normas vigentes en un sistema jurídico dado se organizan alrededor de la distinción entre las que tienen un carácter *civil* y las que son de índole *penal*. Las primeras se basan, como veremos más adelante, en la búsqueda de la restitución de la ofensa provocada. El infractor debe remediar el daño que ha causado, y usualmente ha de hacerlo mediante una compensación monetaria. Los juicios por divorcio, relaciones laborales o de vecindad ejemplifican esta modalidad. A su vez, en estos casos los actores en conflicto son exclusivamente privados: el estado es prescindente y no interviene como parte interesada. Las ofensas penales, por el contrario, refieren a delitos de tal gravedad que, más allá de que la compensación económica pudiera estar presente, lo que se determina en el proceso judicial es si el presunto delincuente debe ser privado de su libertad y purgar una condena carcelaria. De hecho, la magnitud de la ofensa penal trasciende a los particulares directamente afectados e involucra a toda la sociedad. Sobre la base de esta idea, el estado participa como parte a través de la labor acusatoria del fiscal. Naturalmente, el asesinato, el secuestro y el robo, entre otros delitos, son de carácter penal.

Una pequeña aclaración más, esta sobre el sistema penal de los EE.UU. Además de la separación entre justicia civil –*Civil law*- y penal –*Criminal law*-, similar a la vigente en buena parte del mundo, la legislación norteamericana distingue dos tipos de delitos dentro de aquellos que quedan bajo la órbita de la justicia penal. Por un lado, los caratulados como *misdemeanor*, que son ofensas menores, excarcelables y que resultan en el peor de los casos

en condenas inferiores al año de prisión, que quedan en suspenso. Por otros, los tipificados como *felony*, notablemente más graves y en los que el acusado, de ser encontrado culpable, deberá cumplir su pena efectivamente encarcelado. En lo que sigue, nos concentramos en los cambios ocurridos en las Trademarks, los Trade Secrets y los Copyrights.

La base de la legislación de Trademarks en los EE.UU. es la Lanham Act, de 1946, que estableció un sistema nacional para el registro y el *enforcement* de las marcas dentro de la ley civil<sup>69</sup>, prohibiendo, además, la importación de mercancías contrabandeadas hacia los EE.UU.<sup>70</sup>. Sin embargo, recién en 1984 la *Trademark Counterfeiting Act* (TCA) transforma al tráfico de mercancías y servicios usando una marca falsificada en una *felony*<sup>71</sup>, haciendo ingresar a las trademarks al terreno de la justicia penal. Por supuesto, de manera complementaria, el Acta fortalece las reparaciones civiles<sup>72</sup>. En 1996, la *Anti-Counterfeiting Consumer Protection Act*<sup>73</sup>(ACCPA) transformó a la falsificación de trademarks –incluyendo copias violando copyrights- en ofensas penales bajo el estatuto RICO<sup>74</sup>(Racketeering Influenced and Corrupt Organization). A fines de 2004 se aprueba la *Intellectual Property Protection and Courts Amendments Act (IPPCAA)*<sup>75</sup>, que permite el secuestro de las mercaderías falsificadas. En el 2006 se expandió la legislación penal en defensa de las trademarks con la *Stop Counterfeiting in Manufactured Goods Act (SCMGA)*<sup>76</sup>. Esta legislación, entre otras modificaciones, fortalece las penas para los infractores y genera nuevas herramientas para los fiscales.

Con respecto a los Trade Secrets, la legislación criminal se crea en 1996, con la *Economic Espionage Act (EAA)*. Considera tanto el robo de información para el beneficio de gobiernos extranjeros<sup>77</sup> como el que se hace para el beneficio económico de un individuo o empresa<sup>78</sup>, de cualquier nacionalidad. Al igual que en el caso anterior, el acta complementa la legislación penal autorizando al fiscal general para encarar diversos tipos de acciones civiles<sup>79</sup>.

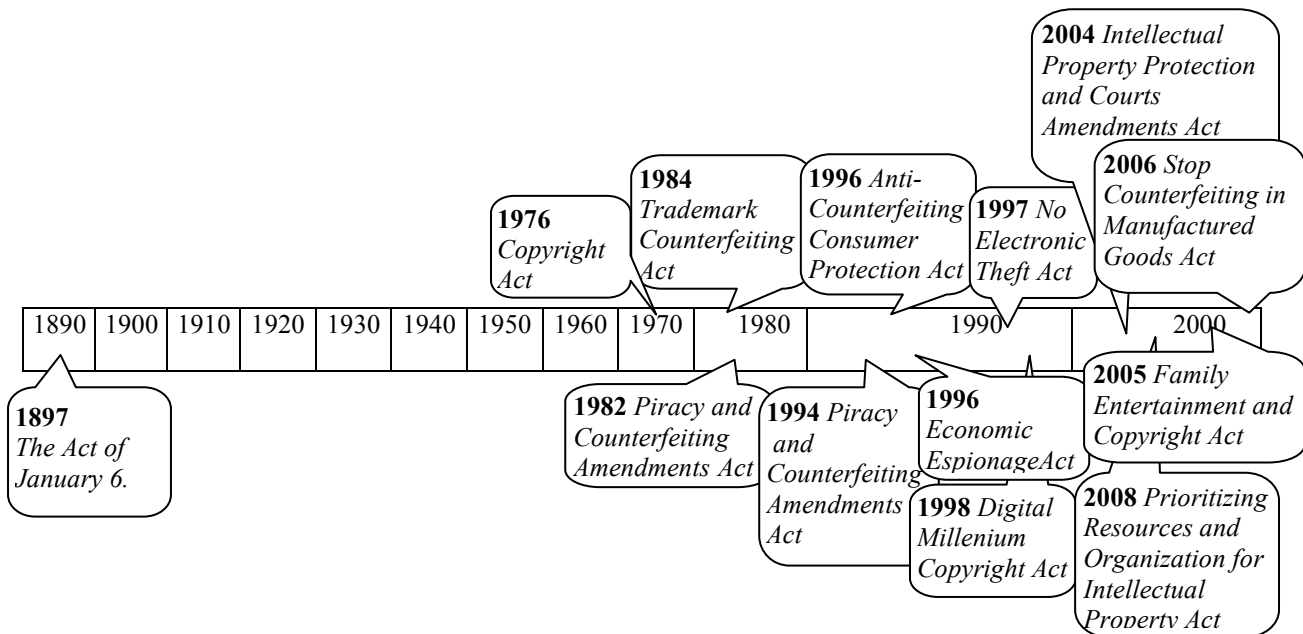
La legislación de Copyright es la que presenta las transformaciones legislativas más drásticas. La primera protección del copyright como *criminal law* es de 1897. Sin embargo, en esa legislación se consideraba a la ejecución teatral o musical sin consentimiento del autor y orientada a la realización de una ganancia tan sólo como una *misdemeanor*<sup>80</sup>. Un considerable refuerzo del castigo a los infractores se produce con la Copyright Act de 1976<sup>81</sup>. Pero en 1982 se da el paso decisivo con la *Piracy and Counterfeiting Amendments Act*, que inscribe al delito de violación masiva de derechos sobre música y películas como una *felony*<sup>82</sup>. El equivalente a este acta pero enfocado a la reproducción ilegal del software llega en 1992, con la *Copyright Felony Act*, que caratula de ofensa criminal grave a cualquier violación del copyright que se traduzca en más de diez unidades copiadas<sup>83</sup>. Asimismo, en 1994 se penaliza las grabaciones de conciertos en vivo<sup>84</sup>. Y luego, mediante la *No Electronic Theft Act* (NET) se legisla sobre la distribución de materiales bajo copyright en Internet, transformándola en crimen federal<sup>85</sup>. En 1998 se aprueba la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) que establece criminalidades penales para la evasión o violación (“circumvention”) de los sistemas electrónicos de protección del copyright<sup>86</sup>.

En el 2005 se aprobó la *Family Entertainment and Copyright Act*<sup>87</sup>, destinada a castigar con hasta tres años de cárcel a quienes compartan archivos de películas, música o softwares todavía no lanzados al mercado. Contiene secciones específicas dedicadas a penar a quienes videograbaran películas en los cines. En octubre de 2008, el Presidente Bush promulgó la *Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act*. Ella fortalece los mecanismos para la persecución penal –aunque también civil- de los infractores de las legislaciones de copyright, trademarks y trade secrets. Este carácter unificador de la legislación se expresa en la institución más importante que crea: la del Intellectual Property Enforcement Coordinator (IPEC). El IPEC, elegido por el presidente y ratificado por el

Senado, tiene la misión de coordinar mediante un Joint Strategic Plan la información y las acciones de las distintas instancias gubernamentales dedicadas a hacer cumplir las leyes de PI.

En síntesis, la dimensión general de los cambios se aprecia mejor gráficamente que en el relato pormenorizado.

Gráfico nro.IV.2  
Distribución histórica de las legislaciones Penales en Copyright, Trademarks y Trade secrets (EE.UU. 1890-2008)



Un comentario, menor, es que no todos los derechos de propiedad intelectual han producido legislaciones penales. Las patentes, especialmente, pero también el right of publicity o las indicaciones geográficas, carecen de provisiones de índole penal. Ahora bien, el punto clave aquí es el siguiente. Con la excepción de una modificación de 1897 –vid. infra-entre 1790 y 1976, esto es, *durante todo el capitalismo industrial, no hubo ninguna legislación penal vinculada con ninguno de los derechos de propiedad intelectual*. Lo cual, claro, no tiene nada de llamativo. La propiedad intelectual parece, intuitivamente, llevarse bien con los remedios civiles. No obstante, lo novedoso es que a partir de la llegada del capitalismo informacional, las legislaciones penales se incrementan década tras década. No hubo ninguna ley de este tipo a lo largo del siglo XX hasta que, en los '70 aparece una; dos en los '80, cinco en los '90, cuatro en los '00. La explicación de este violento cambio de tendencia no ofrece mayores misterios: aquello que custodia la propiedad intelectual ha modificado su rol en los procesos productivos capitalistas. El conocimiento en general y una forma muy particular, la información digital, asumen una centralidad productiva antes desconocida. Ésta, frágil ante la reproducción ilegal, ha de ser custodiada por las armas jurídicas más poderosas.

Sin embargo, más allá de los motivos claros de la totalidad capitalista para recurrir a la legislación penal, cabe preguntarse si sus inquietudes son compartidas por los colectivos sociales a los que se aplica. ¿Sienten los individuos y las redes una ofensa a aquél nervio íntimo que los une cuando se violan las legislaciones de propiedad intelectual? ¿Hay una herida a la “conciencia colectiva”- en términos de Durkheim, 1993 [1893]- cuando se copia música o software de manera ilegal? En principio, la extensión de las prácticas violatorias y su escasa



condena parecen sugerir que la irritación social no es comparable a la de otros delitos tipificados como penales. Aunque habría que contar con evidencia en este sentido, nos permitimos formular una hipótesis. A diferencia de todas las otras expansiones de la legislación penal, en las que el ánimo colectivo impulsaba el espíritu de las normas, en el caso de la propiedad intelectual se sigue el camino inverso.

Teniendo en cuenta la asociación entre los delitos penales y los sentimientos colectivos, la normativa capitalista tipifica los primeros, tratando de contagiar a los segundos. Sin embargo, en este caso el orden de los factores altera el producto. Pongámoslo en los términos de nuestro marco teórico. Los CSI Axiológicos, a través de los usos y costumbres suelen influir fuertemente en los CSI Normativos. Pero la ecuación inversa no siempre resulta. Si las normas van en contra de pautas firmemente ensambladas en una configuración material cognitiva, es muy posible que fracasen. Esto, creemos, es lo que ocurre con las legislaciones penales de propiedad intelectual: al menos una parte de los flujos de TD, ID, las formas de Reconocimiento y los valores de la etapa no parecen llevarse bien con estas normas sobre PI. Lejos de que los individuos se sientan indignados por las ventas de DVD's ilegales o zapatillas con sus marcas falsificadas, parecen aprobarlas de manera tácita o explícita. Si nuestra hipótesis es razonablemente correcta, cabe esperar que las tensiones entre las normas penales y la configuración material cognitiva se exprese. Y, ciertamente, la expresión típica de esa tensión –aunque no sólo de ella- es la litigiosidad.

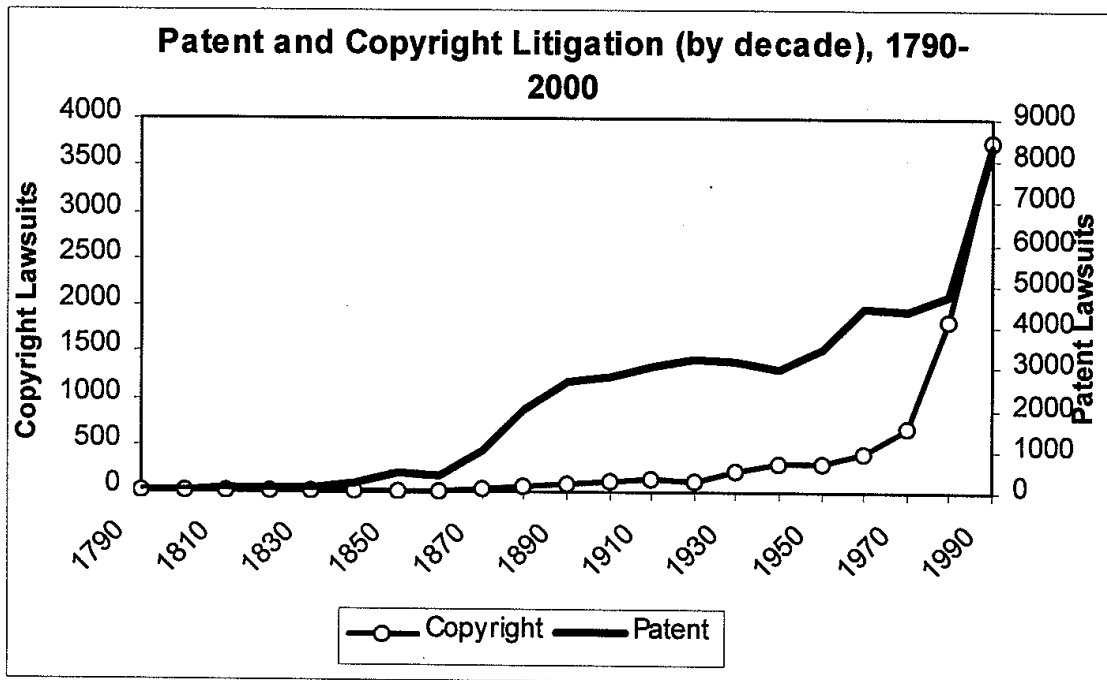
## (ii) Incremento en los litigios

En este apartado intentaremos discutir en qué medida se ha producido un aumento en la belicosidad jurídica alrededor de la Propiedad Intelectual. Intuitivamente, parecería que tal discusión nos conducirá al terreno de la justicia civil. Y, efectivamente, primero analizaremos los cambios cuantitativos en ese fuero y veremos cómo se relacionan con lo que se ha dado en llamarse "litigation explosion". Sin embargo, aunque las más pronunciadas transformaciones mensurables numéricamente sean de orden civil, lo dicho más arriba nos invita a prestar atención a los movimientos en el ámbito penal. De este modo y en segundo lugar, trataremos de presentar algunos cuadros relativos a la litigiosidad en ese fuero.

### Litigiosidad civil

Como se sugirió más arriba, las ofensas contra los derechos de PI en su enorme mayoría se reparan – y así ha sido a lo largo de su historia moderna- con remedios civiles. El infractor, si es declarado culpable, debe cumplir una sentencia que suele traducirse en términos económicos. Compensar al titular de los derechos, retirar productos del mercado o suspender su producción, modificar la denominación con la que tal producto se identifica, abonar honorarios de abogados, y otras reparaciones afines pueden traducirse a cantidades de dinero. Dicho esto, parece lógico comenzar analizando qué ha ocurrido en los años del capitalismo informacional con la litigiosidad civil asociada a los diversos derechos de propiedad intelectual. No hemos conseguido los datos como para construir una serie histórica que diera cuenta de si el capitalismo informacional trajo cambios a este respecto pero, afortunadamente, la historiadora económica Zorina Khan sí lo ha hecho. Podemos ver los resultados en el gráfico siguiente.

Gráfico nro. IV.3  
Litigios de Copyright y patentes  
(EE.UU., 1790-2000)

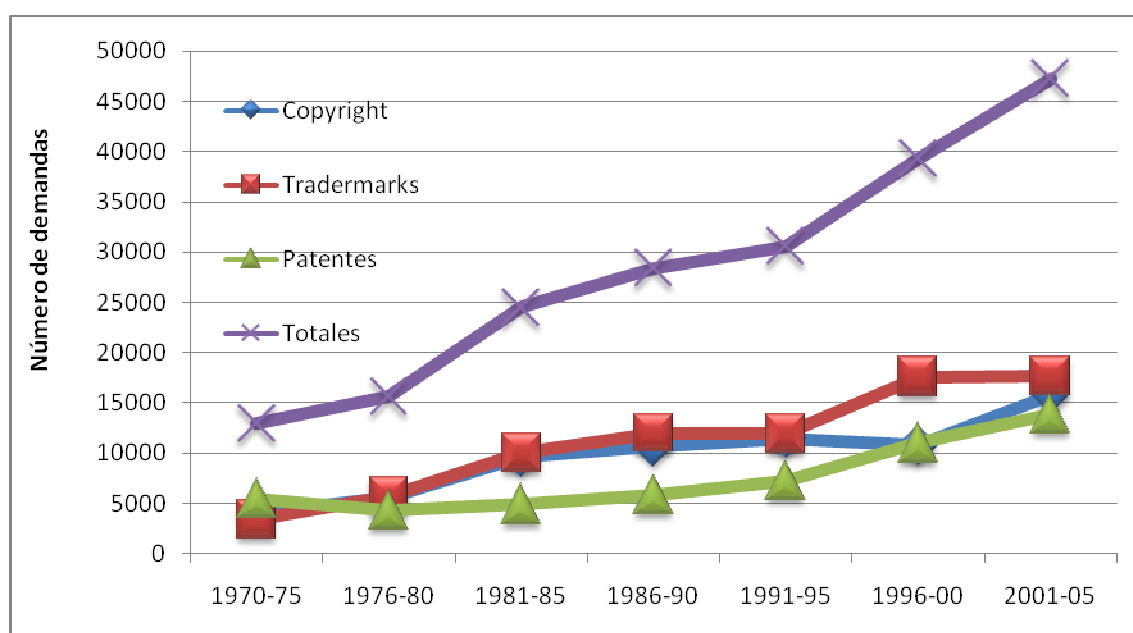


Fuente: Khan, 2005: capítulo 8, figura 1.

Aunque algunos de los datos difieren de nuestros -y desconocemos las fuentes-, las tendencias son claras. Los litigios asociados al copyright han comenzado a crecer a lo largo del siglo XX, y los de patentes lo han hecho desde los '70. No obstante, ambas pendientes se han unido a partir de los '80, tomando un ángulo inusitado.

Por nuestra parte, el indicador que hemos podido construir es el de las *demandas* presentadas a las cortes federales de los EE.UU. por casos de Patentes, Copyrights y Trademarks (PCT) entre 1970 y 2005. El resultado puede verse en el cuadro nro. VIII.14.

Gráfico nro.IV.4  
Demandas de Patentes, Copyright y Trademarks presentadas  
(en las Cortes de distrito de EE.UU., 1970-2005)



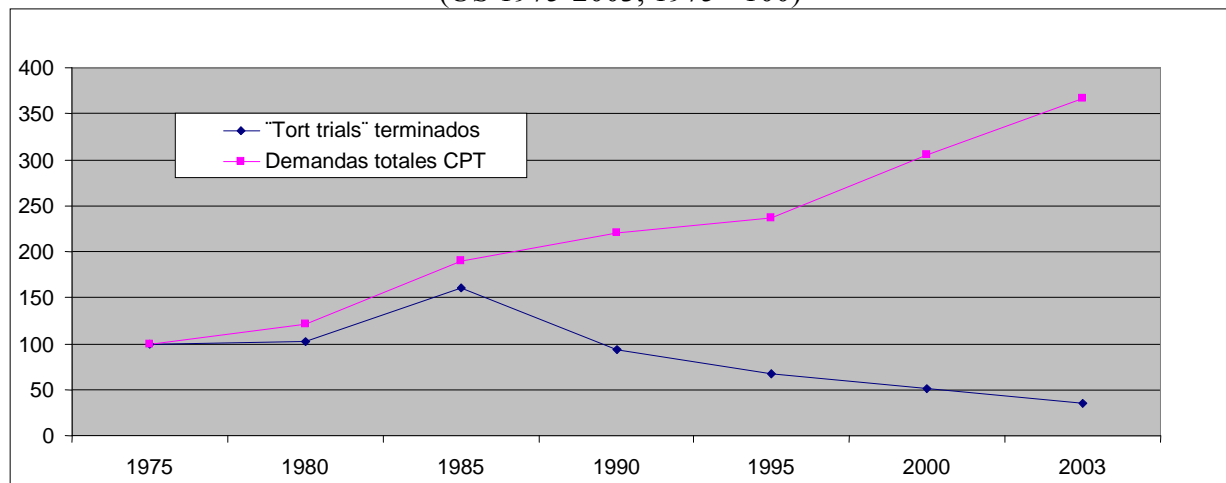
Elaboración propia en base a datos del Federal Judicial Center, Federal Courts Cases Database integrates (Somaya, 2002: 28) y la Administrative Office of the US Courts.

Evidentemente, la cantidad total de demandas ha crecido notablemente: un 366% en los treinta y cinco años relevados. El incremento máximo es el de las demandas por trademarks -513%- , seguido por las de copyrights -390%- y patentes -255%-. Así, aunque el comportamiento de cada tipo de derecho de PI tiene una dinámica propia, la tendencia general se observa en los tres, sin mayores desvíos.

Hay dos impugnaciones atendibles que pueden anteponerse a estos datos. La primera refiere a la medida en que el aumento en los litigios responde a la mayor cantidad de derechos de PI vigentes. Efectivamente, podría ser que la amplificación de las demandas reflejara tan sólo el aumento de los registros activos, y no un incremento en la propensión a litigar de los titulares de los derechos. La segunda acude al fenómeno conocido como "litigation explosion"<sup>88</sup>. Si, tal como señalan numerosas referencias, ha habido un incremento en la litigiosidad en todas las áreas de la justicia civil norteamericana, no habría nada particular respecto del incremento en las demandas sobre PCT. Éste tan sólo estaría reflejando lo que ocurre en el contexto nacional en el que se inserta, por lo que en modo alguno

trasuntaría una vocación judicial distintiva de los detentores de derechos de PI. Sin embargo, los datos refutan estos reparos.

Gráfico nro.IV.5  
Demandas iniciadas en Copyright, Patentes y Trademarks y Juicios civiles  
con sentencia totales  
(US 1975-2003, 1975 =100)



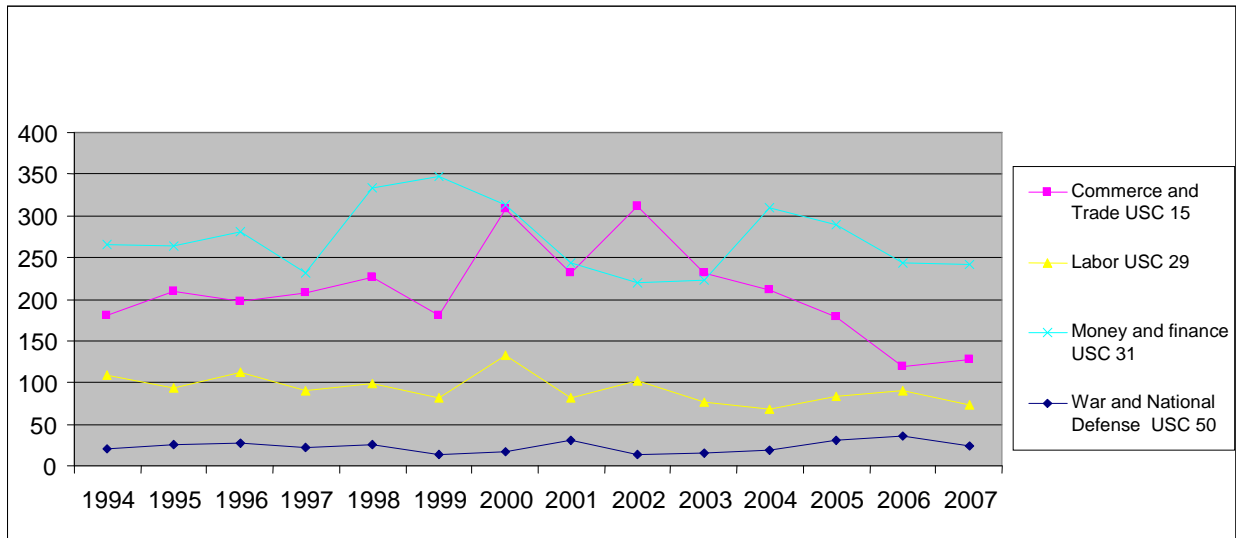
Elaboración propia en base a datos del Federal Judicial Center, Federal Courts Cases Database integrates (Somaya, 2002: 28), la Administrative Office of the US Courts y datos del DOJ.

Hasta mediados de los años '80 es factible hablar de una explosión de los litigios que habría alimentado a las demandas civiles de propiedad intelectual. Pero a partir de la segunda mitad de esa década, las curvas de los litigios totales y los de propiedad intelectual se bifurcan consistentemente: mientras los primeros retroceden hasta situarse en menos de la mitad del valor del inicio de la serie, los segundos se ubican 3,5 veces por encima de su punto de partida. Las demandas de propiedad intelectual no sólo no son impulsadas por la tendencia general; avanzan en contra de ella.

#### Litigiosidad penal

Si observamos la evolución de la cantidad de demandados de las causas penales en diversas áreas, observamos tendencias fluctuantes, en algunos casos y estables, en otros. Pero no se advierten ascensos bruscos en ninguna de ellas.

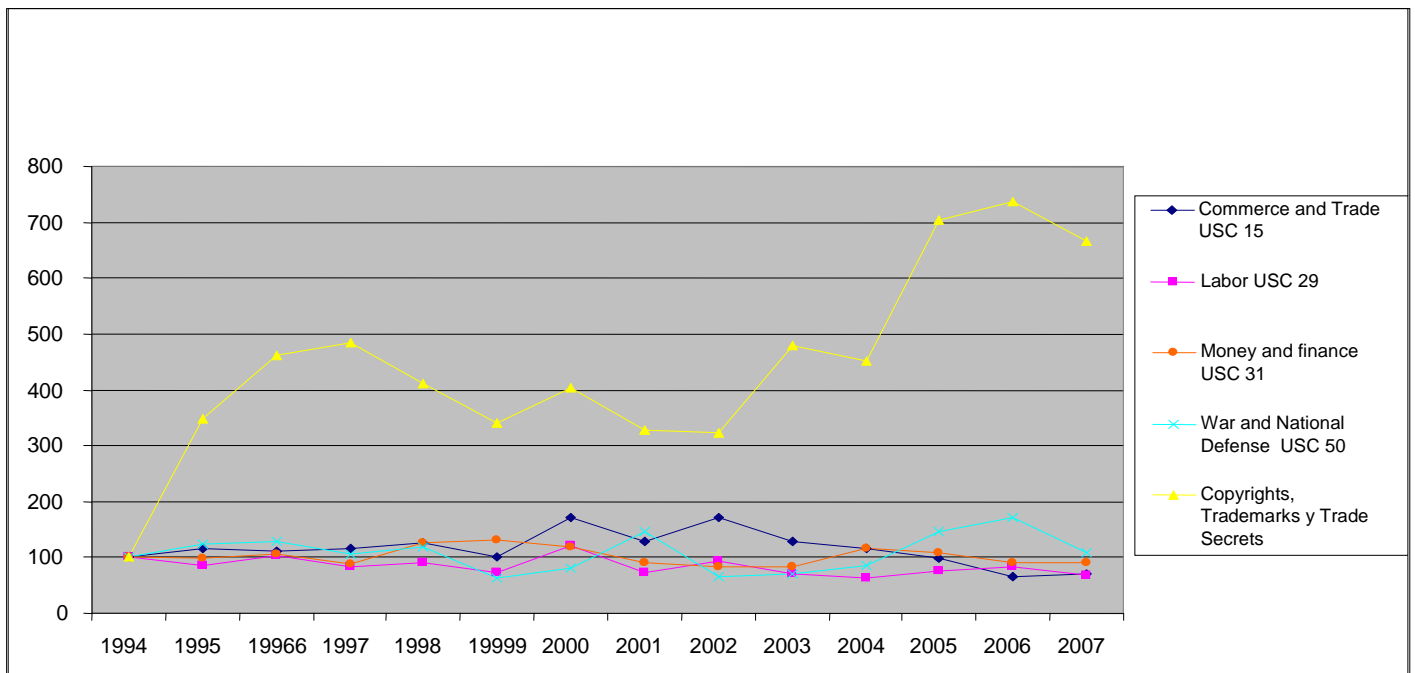
Gráfico nro. IV.6  
Cantidad de demandados penalmente en varias áreas  
(EE.UU. 1994-2007)



Elaboración propia en base a datos del Department of Justice. Criminal Caseload Statistical Report 1997-2008

Sin embargo, cuando consideramos las cantidades de demandados en las causas de Propiedad Intelectual (Copyright, Trademarks y Trade Secrets) encontramos ascensos notables. Puestos en base 100, los enjuiciados por propiedad intelectual más que sextuplican a los de otras áreas.

Gráfico nro.IV.7  
Cantidad de demandados en causas penales en varias áreas en base 100  
(US 1994-2007, 1994=100)



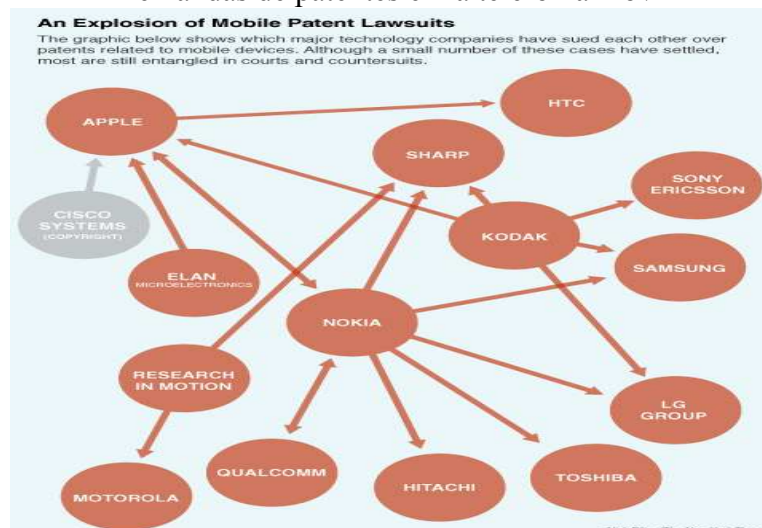
Fuente: Elaboración propia en base a datos del Department of Justice, Criminal Caseload Statistical Report 1997-2008

Con todo esto resulta claro que la litigiosidad asociada a la propiedad intelectual se ha incrementado notablemente. A la hora de preguntarse por las causas, las respuestas parecen variar en función del tipo de derecho.

### Litigiosidad y Capitalismo Informacional

En el caso de las patentes, la explicación surge de su cambio de función, que discutimos en el ítem sobre los incrementos en la magnitud. Las empresas patentan para negociar con otras firmas, para posicionarse en guerras de estándares, para impedir la entrada de firmas competidoras, etc. En todos estos casos, las patentes tienen un horizonte de litigio más cercano que en la vieja modalidad defensiva. Los litigios no se utilizan como una respuesta ante los abusos de un *free rider*, sino como arma estratégica y ofensiva. Datos claros en este sentido ofrece un trabajo de Bessen y Meurer (2005), que demuestra como las firmas que adquieren más licencias de patentes tienen una propensión mayor a iniciar demandas contra otras. De manera complementaria y sorprendente, las firmas que más gastan en investigación y desarrollo (R&D) enfrentan mayores posibilidades de ser enjuiciadas. Las primeras adquieren las licencias como mecanismo de negocios, alejado de la producción propia de invenciones. De hecho, una tendencia sumamente reciente, señalada por el economista Eric Von Hippel es la de las grandes firmas que sólo se dedican a administrar carteras de patentes y realizar sus ganancias puramente en base a los litigios (citado en Bilton, 2010). Las segundas, aquéllas que supuestamente deben ser defendidas por el sistema de patentes, se enfrentan con la compartimentación de las tecnologías de la que hablamos y descubren que cualquier avance en sus investigaciones afecta alguna molécula de conocimiento patentada por otro actor, dispuesto a litigar. Nick Bilton, en un reciente artículo, presenta un croquis de las demandas en curso al interior de las empresas de telefonía celular, que reproducimos.

Gráfico nro.IV.8  
Demandas de patentes en la telefonía móvil



Fuente: Bilton, 2010.

Aún en este esquema no exhaustivo –y que tampoco menciona la cantidad de patentes que se disputan en cada caso- resulta claro que *las firmas no pueden actuar en este terreno sin litigar*. Esto no es inocuo, y los costos para el sistema judicial han despertado opiniones que dudan de la eficiencia sistémica de esta modalidad.

En el caso del copyright, la litigiosidad tiene una base clara en los rasgos de la ID. Los titulares de los derechos buscan desterrar las copias y descargas ilegales de software, música, videos, etc. Aquí los litigios tienen dos objetivos. Algunos son en contra de los actores de la esfera capitalista ilegal: los comerciantes que revenden contenidos protegidos por derechos de autor. El otro objetivo son los usuarios particulares que, aunque inocuos individualmente, suman pérdidas notables para las industrias que venden bienes informacionales primarios. El fin de las demandas, sin embargo, es bien distinto que en caso de las patentes. No importa tanto el resarcimiento económico, por más que se lo persiga. Lo que las empresas buscan, especialmente mediante las demandas penales, es asustar a los posibles infractores. Sabiendo que apenas una ínfima parte de ellos será capturada, se trata de generar castigos ejemplares: titulares en los diarios sobre adolescentes yendo presos o debiendo pagar sumas astronómicas<sup>89</sup>.

En parte, algo similar ocurre con las trademarks. Aquí no hay copias ilegales no capitalistas: las falsificaciones son hechas por empresas red, muchas veces sumamente poderosas. Y el objetivo de los fiscales no es “asustar” a pequeños copiadores hogareños, sino cambiar la ecuación de las empresas infractoras. La legislación penal intenta evitar la práctica de la firma dedicada a las mercaderías falsas, consistente en cambiar de rubro o nombre para seguir con su actividad delictiva<sup>90</sup>.

Finalmente, carecemos de elementos para explicar específicamente los cambios en los litigios por trade secrets. No obstante, es posible que la importante movilidad de empleados entre firmas de un mismo sector y la práctica de mantener algunos saberes como técnicas sin codificar tengan alguna incidencia. En este último caso, la venta de servicios, complementaria a las licencias, mantiene los conocimientos en el soporte subjetivo y, por ende, se arriesga a que la defección de los empleados signifique una pérdida de activos claves para las firmas. Los litigios por trade secrets posiblemente tienden a intentar delimitar ese drenaje.

Ahora bien ¿cuál es el significado de un litigiosidad persistentemente elevada? Por lo pronto no puede más que ser un hecho altamente excepcional en la vida de un colectivo social. Las pautas de conducta que lo componen sólo funcionan efectivamente cuando son internalizadas por los sujetos colectivos, cuando son observadas por una buena parte de esos sujetos con el automatismo de la naturalización. En el caso de la legislación penal, incluso, señalamos que esta solía emerger del ánimo colectivo antes que de la vocación del legislador intrépido. Nada de esto no está ocurriendo con la propiedad intelectual. No hay internalización de las normas y hay una prolongada persistencia en el tiempo de la litigiosidad. Se trata, para usar un término durkheimiano que irrita a los posmodernos, de un *fenómeno patológico*.

Podemos ahora precisar un poco la hipótesis que sugerimos antes de comenzar este ítem. Parece haber dos polos, dos tipos ideales weberianos en torno de los cuáles orbita el incremento de los litigios. Por un lado, en las áreas en las que la ID, esto es, el insumo replicable, tiene mucho peso, *la litigiosidad aparece para tratar de domesticar conductas que resultan contrarias al grado de desarrollo de las fuerzas productivas o mejor, a los rasgos de la configuración material cognitiva*. Dicho brutalmente, la era de los dividuals, las redes, las tecnologías digitales, los sitios de redes sociales, Internet, la ley de moore, etc, no parece dócil a las limitaciones en la circulación de los flujos de ID. Un primer movimiento para intentar mantener el status mercantil de los bienes informacionales es el de intentar azuzar judicialmente a los dividuals. Pero, por otro lado, algunas ramas del capitalismo informacional han adoptado a la litigiosidad –en acto o en potencia– como una estrategia para hacer negocios, como una nueva forma de realizar una ganancia capitalista. Esto es lo que vimos

que ocurre con las patentes y, particularmente, con las asociadas a las tecnologías digitales. En este caso, dónde se trata de demandas civiles, lo que está en juego no es el intento de inoculación de nuevos valores. A las empresas que siguen esta estrategia no les interesa en lo más mínimo lo que piense el colectivo social sobre su accionar. No trata de preservar, defensivamente, mercancías amenazadas por el costo de reproducción tendiente a 0, como en el caso del copyright. Se trata de la creación ofensiva de nuevas mercancías -los fragmentos cognitivos- mediante la generosidad del sistema de patentes y de maximizar su valor mediante acciones judiciales. Naturalmente, las contradicciones que todo esto supone han de aliviarse en algún momento. Pero antes de pensar en ellas, debemos estudiar la última forma de expansión de la propiedad intelectual.



### (iii) Expansión jurisdiccional

Los cambios que hemos visto en la magnitud, duración, alcance legislación y litigios de los derechos de propiedad intelectual asociados a la transición al capitalismo informacional tienen un correlato en su extensión geográfica. De hecho, quisiéramos mostrar ahora que la expansión en las variables analizadas previamente, *necesita* complementarse con la de la nómina de estados que observan esos derechos. Entendemos que esto tiene tanto raíces lógicas que han actuado a lo largo de toda la historia de la propiedad intelectual, como factores coyunturales que han desencadenado su singular expansión territorial reciente. Veremos, en primer lugar, una caracterización de esta vocación internacionalizante de los derechos sobre el conocimiento. En segundo lugar, discutiremos la forma singular que esa vocación asumió en el capitalismo informacional y que derivó en el Acuerdo TRIPS o ADPIC.

El impulso inherente: Propiedad privada física, Propiedad intelectual y expansión jurisdiccional

La idea que ponemos a consideración a continuación es la siguiente: el cumplimiento efectivo de los derechos de propiedad intelectual *en un territorio nacional específico* requiere - siempre, pero especialmente en la presente etapa-, de *normativas globales*. Tal idea puede entenderse mejor resaltando la profunda diferencia que supone la propiedad intelectual respecto de la propiedad privada física. Un estado nación cuenta, por definición, con los poderes para regular lo que ocurre en el territorio que le es propio. Puede, por ejemplo, legislar y verificar el cumplimiento de los derechos de propiedad privada sobre las tierras. A tal efecto, los marcos regulatorios que adopten otros estados nación no representan ninguna amenaza de manera directa. Por ejemplo, la eficacia del proceso de cercamientos ('enclosures') de las tierras inglesas entre los siglos XV y XVIII, proceso que masificó la propiedad privada física, no dependía en modo alguno de su coordinación con procesos similares en Francia o España. Más aún, ya en el capitalismo actual, es posible pensar -como señalan los coreutas del llamado Consenso de Washington- que los países que garantizan pulcramente el cumplimiento de los derechos de propiedad privada física *se benefician* de la falta de observancia de éstos por parte de otros estados, a través de la captación de flujos de inversiones.

Sin embargo, con la propiedad intelectual ocurre todo lo contrario. La discrepancia en los niveles de protección entre estados suele favorecer a las empresas ubicadas en la jurisdicción que presenta menor nivel de protección para los propietarios -como *no* señalan los adláteres del otrora portentoso consenso-. En este sentido:

Protecting only domestic (or national) works or inventions would be counterproductive: it increases unfair competition from unprotected foreign works and inventions. (If only domestic works are protected, they can be reproduced abroad and made available at a substantially lower price as unprotected foreign work. Price-conscious users will thus tend to use foreign material, thereby damaging the market for protected national works.) This explains why intellectual property has been on the path of progressive internationalization since the early days of international trade. (...)

As international trade and cultural exchanges grew in the eighteenth and nineteenth centuries, it became evident that protecting only national creations and inventions could lead to strange and unjust results: if a nation only protected domestic literary

and artistic works, foreign works would become available in "pirate" form, usually at a much lower price (Gervais, 2002: 930, 935)

Así, si el reconocimiento de derechos exclusivos sobre ciertas formas de conocimiento por parte de una industria, una ciudad o un país parecía una opción riesgosa. Esta idea ya estaba clara a fines del siglo XIX, cuando en Inglaterra se producía un fuerte debate sobre la conveniencia de mantener o abolir el régimen de patentes. Los abolicionistas señalaban que la observancia de esa legislación perjudicaría al país respecto de otros. Por su parte, los defensores de las patentes respondían bogando por la internacionalización que conseguirían en 1883.

The abolitionists had seen the nonavailability of patents in some jurisdictions as giving those countries an unfair advantage and therefore suggested that patents should be abolished to reestablish free trade. Conversely, the internationalist position sought to widen the scope in order to halt, in the words of John Stuart Mill "attempts which, if practically successful, would enthrone free stealing under the prostituted name of free trade" (May y Sell, 2006: 116)

*Lo interesante es que ambas posiciones compartían el rechazo a la idea de la propiedad intelectual limitada a una sola jurisdicción.* Internacionalizarla o abolirla; expandirla o rechazarla; obligar a que los derechos de los connacionales sean reconocidos en el extranjero o negar sus vindicaciones a los foráneos, ese era el dilema racional. Adoptarla con cierta independencia, como se había hecho con la propiedad privada física, era una actitud inconducente. Conviene recordar algo que hemos sugerido lateralmente en los capítulos I y IV del segundo volumen: ese dilema fue enfrentado por cada sector económico y cada país durante los siglos XIX y XX de manera altamente pragmática. En efecto, todas las jurisdicciones pasaron por una etapa de desconocimiento más o menos alegre de los derechos de propiedad intelectual de otras naciones. Pero a partir de que el sector o el país acumulaba cierta masa crítica de conocimientos para los que podía reclamar derechos excluyentes, se iba convirtiendo en efusivo predicador de las normas de las que había abjurado algún tiempo atrás.

Ahora bien ¿cuál es la causa de estos paralelismos entre propiedad privada física-legislación nacional y propiedad intelectual- legislación internacional? Más allá de los factores determinados históricamente, parece claro que hay una causa lógica subyacente, que surge del tipo de entes que custodia cada forma de propiedad. En el caso de la propiedad física, se trata de objetos materiales, de bienes palpables, de materia/energía. En cambio, lo que ampara la propiedad intelectual, en cualquiera de sus formas, es un conjunto de *conocimientos*. Especialmente relevantes son, en la custodia de todos los tipos de conocimientos, las *traducciones a información* para el registro. Por ejemplo, cuando se protege una tecnología –CSO Objetivado–, lo que se registra es un conjunto de formularios que explican el principio técnico que lo gobierna, los materiales que utiliza, la forma en que estos se combinan, etc. Es decir, un conjunto de *informaciones*. Ahora bien, desde el invento de la imprenta, y de manera creciente hasta llegar al extremo de la Información Digital e Internet en la actualidad, las distintas formas de conocimientos han tendido a circular de manera difícil de controlar por los estados nacionales. Esto se radicaliza a través del funcionamiento de la información como *lingua franca* de los distintos soportes. Dos causas tiene esta tendencia.

La primera y más importante surge de que *el tránsito de conocimientos no puede ser fiscalizado por los pasos aduaneros*. Desde que existen estados, sino antes, en las fronteras de los países se puede verificar la procedencia de los bienes físicos, la legalidad de su circulación y, eventualmente, impedir su entrada al territorio nacional en cuestión. Pero no hay marco jurídico moderno que permita escudriñar los papeles de los viajeros, abrir las cartas que

llegan o impedir el ingreso de libros *por su contenido*. La digitalización potencia la dificultad. Las personas, cada vez más, transponen los límites estatales provistos de bibliotecas de ID en sus laptops, pendrives, DVD's, celulares y otros. Las barreras nacionales no pueden lidiar con la información. Claro, la policía aduanera puede fiscalizar la legalidad de la forma tecnológica que contiene a la ID, pero por el momento nada puede obrar respecto del contenido. Sencillamente, la lógica de los pasos fronterizos está estructurada alrededor de bienes físicos y es absolutamente irrelevante para los flujos de información. Pero incluso los conocimientos de Soporte Subjetivo o Intersubjetivo son difíciles de fiscalizar. No hay modo eficaz de escudriñar en las técnicas que tiene un viajante, o en los valores que porta un grupo humano. Sí puede reemplazarse esto por el impedimento de salida de un territorio dado de la persona que porta esos conocimientos valiosos; o a través del impedimento del ingreso de las personas que portan conocimientos intersubjetivos que se quiere rechazar. Por ejemplo, creencias religiosas o políticas. Se detiene el flujo de materia y energía humano para impedir que ciertos saberes ingresen o egresen. Al fin y al cabo, sobre variaciones de esta idea se montan las películas de espionaje de la época de la guerra fría. También es factible controlar de manera tradicional las tecnologías *per se* –no su contenido-, dada su manifestación en artefactos.

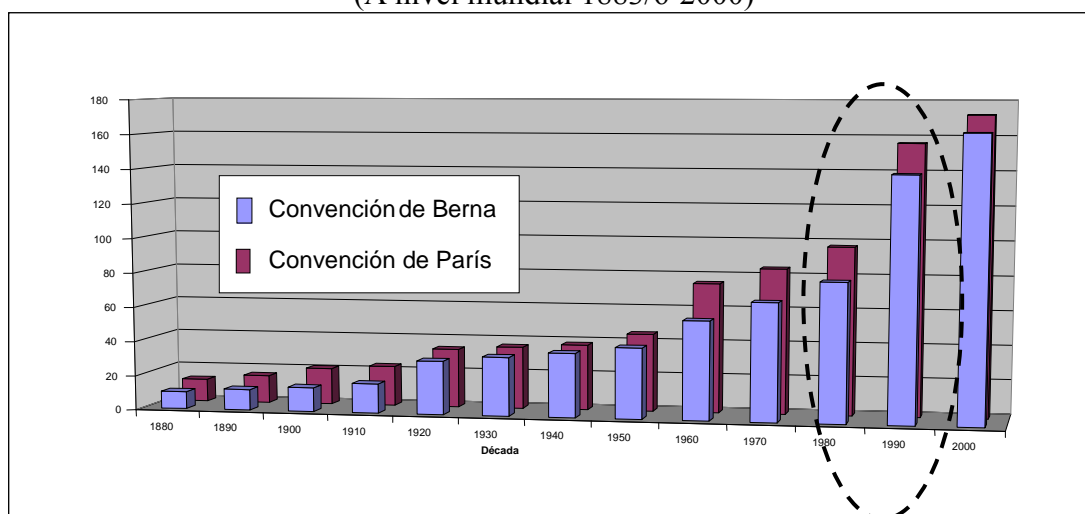
Cierta tendencia al control de los flujos de conocimientos biológicos viene creciendo, por distintos motivos. Todavía se trata de los CSB de plantas y animales, pero ¿es descabellado imaginar que en algunos años se controlarán los datos genéticos humanos?

La segunda característica es específica de la presente etapa: Internet. Ya no se trata sólo de que los pasos fronterizos no puedan fiscalizar al conocimiento codificado, *sino de que aparece una forma de circulación de éste para la que las fronteras nacionales casi no existen*<sup>91</sup>. En cualquier caso, *los límites no están en la aduanas, sino en servidores, satélites y compañías proveedoras de Internet*. Más allá de la dificultad del control estatal, esto modifica el terreno de juego y las reglas con las que tal control intenta ejercerse. No debe descuidarse este hecho: la soberanía de la materia y la energía quizás siga en las aduanas, pero la soberanía sobre los conocimientos traducibles a ID, está en manos de empresas privadas, como mencionamos en el capítulo VIII del volumen anterior.

Hasta aquí hemos establecido la necesidad inefable de la propiedad intelectual de respaldarse en legislaciones internacionales, y hemos anclado esa necesidad en los rasgos del conocimiento en general y de la información en particular. Sin embargo, es fácil intuir que esa necesidad no se ha expresado con idéntica vehemencia en toda la historia del capitalismo. El ritmo de la incorporación de las regiones geográficas a estas normativas internacionales ha ido variando. Esto surge, más allá de las circunstancias particulares, de que *la urgencia de la propiedad intelectual por expandirse territorialmente parece estar relacionada con la velocidad con la que circulan los conocimientos codificados que custodia*. A medida que avances de diversa índole fueron permitiendo i) traducir más tipos de conocimientos a información y ii) llevar más lejos y más rápido los diseños de artefactos industriales y las obras expresivas, la necesidad de subsumir geografías diversas a legislaciones homogéneas se hizo creciente. En este sentido, nuestra hipótesis se expresa señalando que el capitalismo informacional (en tanto etapa en la que más y más tecnologías de la información se vuelven tecnologías digitales; en la que más y más sensores engrosan los flujos de información digital circulando por Internet ) parece llevarse bien con una respuesta adaptativa de los CSI Normativos. Una respuesta tendiente al alistamiento impostergable de todos los países en los convenios internacionales sobre propiedad intelectual y la estandarización mundial de las legislaciones en cuestión. Entendemos que en términos institucionales esa respuesta ha sido el TRIPS.<sup>92</sup>

Una de las formas de confirmar o rechazar esta hipótesis es analizar la incorporación progresiva de los países a los dos principales tratados<sup>93</sup> en materia de propiedad intelectual administrados por la BIRPI-WIPO<sup>94</sup>. Para eso confeccionamos el gráfico nro. VIII.19<sup>95</sup>.

Gráfico nro. IV.9  
Países miembros de las Convenciones de Berna y París  
(A nivel mundial 1883/6-2000)



Elaboración propia en base a datos de la WIPO

En el cuadro pueden verse dos saltos importantes en la cantidad de países miembros. El primero y menor es el de la década del '60, institucionalmente impulsado por la creación de la WIPO. Pero el segundo y más importante, señalado con la línea punteada, es el de los '90, cristalizado en el TRIPS y motorizado por la difusión de los Bienes Informacionales.

En resumen, podemos sistematizar el razonamiento que hemos intentado plantear: a) Las diversas formas de la propiedad intelectual custodian diversos tipos de conocimiento y particularmente, sus respectivas traducciones a información. b) Las propiedades del conocimiento y en especial de la información dificultan su control en las barreras fronterizas de los estados c) Por ende, los estados requieren que las jurisdicciones de destino del drenaje de conocimientos reconozcan los derechos concedidos en los territorios originarios. d) Consecuentemente, la vigencia de los derechos de propiedad intelectual ha estado ligada, desde su nacimiento, a su internacionalización. e) Además de los factores políticos coyunturales, la velocidad con la que la información se traduce, reproduce y circula ayuda a explicar el grado en que esa internacionalización de la propiedad intelectual se ha ido produciendo. f) En este sentido, la etapa signada por las TD, la ID e Internet, el capitalismo informacional, supone la máxima presión para la homogeneización mundial de las legislaciones de propiedad intelectual g) El TRIPS responde a esa presión de la presente etapa del capitalismo.

Dialogando con este trasfondo lógico, es decir, sin determinarlo y sin ser determinados por él, tienen lugar una serie de acontecimientos históricos que dan forma particular al resultado institucional del TRIPS. Podemos ahora pasar a ver que características asumió históricamente ese proceso de regulación mediante la globalización de una serie de cambios respecto de lo que hoy llamamos propiedad intelectual.

La coyuntura histórica: medicamentos, software y multinacionales norteamericanas

Luego de la segunda guerra mundial comienza a establecerse un nuevo ordenamiento del capitalismo. Lentamente, la información y el conocimiento comienzan a ser vistos como activos cada vez más importantes en la economía. Esto se expresa en una creciente

valorización de los derechos monopólicos sobre el conocimiento codificado. Así, a partir de 1967 comienza la unificación institucional de las legislaciones de propiedad intelectual. En ese año se crea la Organización Mundial de la Propiedad intelectual (OMPI, o WIPO, por su sigla en inglés) que pasa a administrar, entre otros, los tratados de París y Berna. Sin embargo, esta forma de internacionalización resultaba poco efectiva para las empresas titulares de los derechos de propiedad intelectual, que poco a poco fueron manifestando su disconformidad por medio de comités y asociaciones y, luego, a través de los respectivos estados nacionales.

### Disconformidad con la WIPO

Específicamente disgustadas se mostraban las industrias farmacéutica, bioquímica, del software y del entretenimiento. Por supuesto, nuestra hipótesis es que el problema principal radicaba en el fondo en la dificultad incremental del régimen de propiedad intelectual anclado en el siglo XIX para domesticar a los crecientes flujos de información y para encasillarlos en las dicotomías del período industrial; esto es, en su imposibilidad de dar cuenta de los cambios que se estaban produciendo en las raíces mismas de la organización capitalista<sup>96</sup>. Sin embargo, la forma en que esta tensión se expresaba fenoménica y discursivamente era alrededor de cuatro tipos de limitaciones institucionales que las empresas titulares de derechos de PI<sup>97</sup> encontraban a la hora de materializar el ejercicio de tales derechos.

a) *Respecto de la falta de estandarización de los tratados administrados por la WIPO y de su dispar acatamiento a nivel mundial.* Por un lado, se trataba de 24 tratados que generaban una enorme cantidad de confusión jurídica, aprovechada por los potenciales infractores. Pero por otro lado, los distintos países se sumaban de manera despareja a las reglas internacionales de la propiedad intelectual: firmaban aquellos tratados que representaban beneficios potenciales para sus estados e ignoraban aquellos que les resultaban estratégicamente inconvenientes<sup>98</sup>. De hecho, no sólo se trataba de la diversidad de tratados y de la variedad de grupos de países firmantes de cada tratado, sino sobre todo de la multiplicidad de aplicaciones específicas que los países firmantes hacían. Las naciones que adherían al mismo marco internacional sobre patentes, reglaban de forma muy diferente aquello que podía ser patentado y aquello que no, de acuerdo a sus intereses puntuales. Notablemente, el desajuste se aprecia con intensidad en los productos de las industrias que empezaban a hacer sentir su presión por una nueva regulación mundial. Especialmente, el patentamiento de productos farmacéuticos, el de materia viva, la necesidad de una poderosa protección para el software y el combate a las copias ilegales en los contenidos audiovisuales, aparecían como los puntos decisivos de la iniciativa política de las multinacionales del conocimiento.

b) *Respecto de la falta de poder de la WIPO obligar a firmar y a cumplir los tratados.* Además de la multiplicidad, de la disparidad del nivel de adhesión y de reglamentación, había un problema mayor. Si los países no querían adherirse a los tratados o si, una vez adheridos, toleraban infracciones a la propiedad intelectual de las empresas extranjeras, la WIPO no contaba con poder de fuego como para sancionar a los incumplidores. No tenía una herramienta que permitiera amenazar o recompensar seriamente a los países en función de su nivel de observancia de la juridicidad internacional<sup>99</sup>.

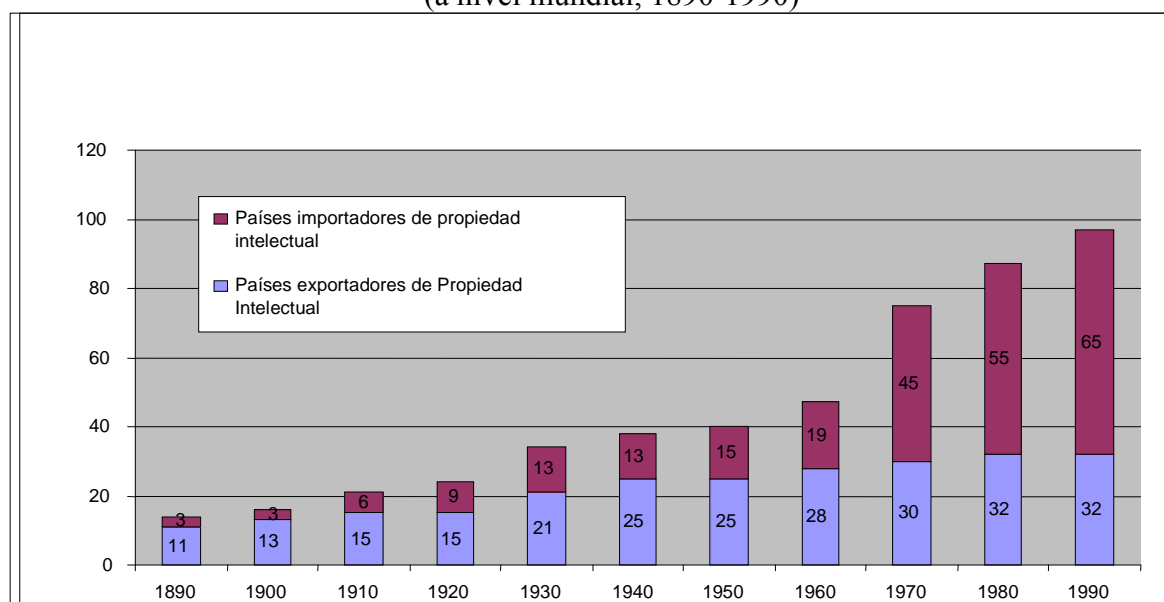
Entonces, por un lado, los organismos encargados no eran eficaces para velar por el cumplimiento de lo firmado. Pero la misma debilidad se manifestaba por otro lado. A medida que se iban produciendo extensiones en los derechos en algunas jurisdicciones, el sistema institucional de la BIRPI-WIPO sólo lograba que esas modificaciones se introdujeran en los países que ya estaban bien predispuestos a ellas<sup>100</sup>.

Por el contrario, lo importante para los titulares de derechos de PI era que las novedades se

incorporaran en las naciones más renuentes. La expectativa de las corporaciones consistía en que el sistema institucional forzara a aquellos que se beneficiaban con la manutención de estándares más bajos de IP a incrementarlos.

c) *Respecto del poder relativo de los países titulares de derechos de propiedad intelectual.* Cuando los tratados de Berna y Paris se firmaron, sus miembros eran básicamente los países que, proporcionalmente, producían mayor cantidad conocimientos pasibles de ser objeto de derechos de propiedad intelectual. Por supuesto, su intención era ir subsumiendo a los países subdesarrollados, importadores de PI. Así, durante el siglo XX, éstos se fueron sumando a los tratados que luego administraría la WIPO<sup>101</sup>. Sin embargo, la contracara de ese éxito de los promotores de la difusión de la PI fue que la incorporación masiva de los países importadores de conocimientos fue modificando el balance de poder originario entre países desarrollados y subdesarrollados, especialmente en el tratado de Paris. Esto puede verse en el cuadro nro. IV.10.

Gráfico nro. IV.10  
Países importadores y exportadores de propiedad intelectual en la Convención de París  
(a nivel mundial, 1890-1990)



Fuente: Elaboración propia en base a datos de la WIPO

Vemos aquí que para el inicio de la década de 1970 se había producido una transformación importante: los países importadores de PI ya eran más que los exportadores en el foro de la WIPO<sup>102</sup>. De hecho, para el fin de la década del '80, aquellos eran el doble de éstos (Drahos, 2004:7). Este hecho tuvo consecuencias importantes. En efecto, hacia 1980, no se trataba sólo de una mayoría defensiva, sino de un bloque que amenazaba con pasar al ataque a través de la obtención de licencias compulsivas, esto es, de la violación legalmente aceptada del régimen de patentes<sup>103</sup>.

Con este contexto, las corporaciones no sólo no parecían en condiciones de avanzar en el establecimiento de un nuevo orden jurídico, más favorable, respecto de la regulación del acceso al conocimiento, sino que se veían hasta cierto punto jaqueadas por la presión de los países subdesarrollados<sup>104</sup>. Esto configuró una especie de empate temporal entre ambos bandos:

This probably explains why between 1971 69 and April 1994, no negotiation on a new

substantive treaty in the field of intellectual property was successfully concluded.  
(Gervais, 2002: 942)

Así, los estados del primer mundo necesitaban, tanto por fines defensivos como ofensivos, cambiar el territorio en el que iban a librar la batalla. La agenda política de las multinacionales del conocimiento y sus estados asociados incluía tres acciones: a) Homogeneizar y expandir el alcance de los derechos de propiedad intelectual, incluyendo nuevos entes bajo ellos b) Cambiar el escenario institucional de la disputa desde la WIPO hacia uno que les de ventaja por sobre los países hostiles a las reformas c) Dotar a la institución que custodiara el cumplimiento del nuevo marco jurídico de poder efectivo para sancionar su incumplimiento. Pocas veces en la historia moderna una agenda fue cumplida de manera tan exitosa<sup>105</sup>.

### El “forum shift” y el camino hacia el TRIPS

Si bien hasta ahora hemos aludido de manera genérica a los países desarrollados y a los oligopolios titulares de los derechos de propiedad intelectual, a la hora de precisar el relato histórico no hay mayores dudas de que el impulso original para el conjunto de transformaciones que supuso el TRIPS estuvo en los EE.UU.

Prior to TRIPS, businesses in disparate sectors were experiencing negative consequences of weak IP protection abroad. A U.S. International Trade Commission (ITC) study, widely cited by the business groups, estimated that in 1986 the annual worldwide losses of all U.S. industry due to inadequate intellectual property protection abroad were between \$43 billion and \$61 billion (Sell, 2004 :155).

Estas pérdidas económicas norteamericanas, causadas por la debilidad de los derechos de propiedad intelectual vigentes internacionalmente, tenían como principales perjudicadas a las corporaciones asociadas a los bienes informacionales. Ellas percibían, intensamente, la incompatibilidad entre el régimen legal vigente y las novedades tecnológicas que se sucedían vertiginosamente<sup>106</sup>.

Sin embargo, antes de los años '70, estas compañías ejercían su presión por separado. Por un lado los titulares de copyright y por otro los de patentes. Lo que empieza a ocurrir en esos años es que los actores corporativos toman conciencia de que peleaban la misma guerra, y en el mismo bando. *Contrariamente a otros períodos históricos en los que defensores de derechos de autor y propiedad industrial eran más bien adversarios, la llegada del capitalismo informacional aúna sus intereses.* Como planteamos más arriba, el desgaste del capitalismo industrial significa también la lenta erosión de las divisiones que lo caracterizaban, tales como la separación entre productos económicos y culturales en la que se apoyaba la separación entre copyright y patentes.

Así, estos actores corporativos comienzan a convencerse de sus intereses comunes, a elaborar discursos legitimatorios y a cristalizar sus vocaciones institucionalmente. En ese recorrido hubo algunos nombres clave:

Over time, and with the help of several key individuals (specifically, Pfizer’s Edmund Pratt, IBM’s John Opel, and industry lobbyist Jacques Gorlin), these different groups realized they were seeking the same goal -strengthened IPR protection (Drahos, 2004:10).

En el terreno discursivo, un trabajo firmado por el Presidente de Pfizer, titulado “Stealing from the mind” y publicado en julio de 1982 en el New York Times resumía las posiciones de las corporaciones.

...its central charge was that US knowledge and inventions were being stolen. The culprits were other governments: Brazil, Canada, Mexico, India, Taiwan, South Korea, Italy and Spain. These governments, it was argued, designed laws allowing for US inventions to be legally taken. (Drahos, 2004: 10)

En términos institucionales, una de las organizaciones decisivas del proceso fue el International Property Committee (IPC), mediante el cual las empresas norteamericanas no sólo presionaban al gobierno de los EE.UU., sino que reclutaban aliados europeos y japoneses. (May y Sell, 2006: 154). Pero la idea estratégica clave en este proceso fue la de *vincular la propiedad intelectual a los regímenes de comercio*. Esta idea se le atribuye a Pfizer y a su líder, Edmund Pratt:

Pfizer had been instrumental in coming up with the idea of linking investment and intellectual property to the trade regime, an idea that would lead the company into a major national and ultimately global lobbying campaign (Drahos, 2004: 8)

Así, este nexo entre propiedad intelectual y legislaciones comerciales primero se difundió en los EE.UU. Pratt consiguió ser el jefe del ACTN, el comité de asesores de la representación comercial norteamericana. Desde allí, incorporando a Opel, de IBM y a Jack Gorlin, hicieron prosperar ese nexo a nivel global.

En efecto, la idea genial fue sacar los debates sobre propiedad intelectual de la WIPO, que como vimos presentaba una correlación de fuerzas poco favorable, y situarlos en un espacio en donde estuvieran estrechamente asociados al comercio: la Organización Mundial del Comercio (WTO, por su sigla en inglés). Esta asociación permitía a los países exportadores de propiedad intelectual contar con un elemento poderoso para poner sobre la mesa de las negociaciones: restringir o ampliar las exportaciones –sobre todo agrícolas y textiles- de los otros estados. Si estos no se avenían a estandarizar y ampliar su obediencia a las normativas de PI, sus exportaciones a los países del primer mundo se encontrarían con obstáculos insalvables. Por el contrario, se les decía, la aceptación de lo que luego sería el TRIPS (o ADPIC, por su sigla en castellano) representaría beneficios como la ampliación de la cuota de acceso a los mercados de las naciones desarrolladas. El establecimiento de la WTO como escenario de los debates sobre PI, como sede y organismo de supervisión de la legislación internacional fue, sin dudas, la base de los otros triunfos que el IPC obtuvo.

Ahora, para hacer que los estados del sur aceptaran ese ‘forum shift’ (Drahos, 2004) el ACTN comenzó a utilizar la herramienta que pugnaba por conseguir. Esto es, empezó a valerse de amenazas de recortar acceso a mercados *antes* de que los países aceptaran el vínculo entre propiedad intelectual y comercio. Específicamente, los EE.UU. sancionaron la famosa sección 301 de su Acta de Comercio, en 1984 –y en 1988 la 301 especial- que daban poder al Representante de Comercio (USTR)–dominado por el ACTN- para suspender beneficios comerciales o imponer restricciones a los bienes de los países que no ofrecieran una adecuada protección a la propiedad intelectual norteamericana. Así, mientras para mejorar el contexto de las negociaciones multilaterales, se apelaba al bilateralismo (Gervais, 2002: 942). A través de este mecanismo y otros parecidos (Drahos, 2004: 12-13) el IPC logró quebrar la oposición de los estados subdesarrollados, incluir a la propiedad intelectual en la agenda de la Ronda Uruguay de la WTO –comenzada en 1986- y conseguir que todos los países miembros firmen el tratado que establecía el nuevo marco jurídico, el TRIPS –firmado en 1994-.

Es notable, sin embargo, que la empresa de asociar a la PI con la WTO era tan necesaria empíricamente como enojosa en términos de su labor justificatoria. O mejor, era tan importante materialmente como insostenible lógicamente. Se trataba de crear un nuevo ámbito para la PI, cuando ya existía uno perfectamente desarrollado. Más aún, se trataba del



oxímoron consistente en consagrar la forma más importante de monopolio, de negación de la libertad de los mercados, a través de la institución que se proponía difundir la libertad de mercado. En este sentido cuentan Drahos y Braithwaite respecto de las entrevistas que realizaron on Tariffs and Trade durante su investigación.

During our interviews at the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) (before it became the WTO) we came across members of the secretariat who conceded that there was something odd about placing TRIPS in an organization ostensibly dedicated to bringing down barriers to free trade. But as one member of the GATT Secretariat said, The Secretariat simply responded to the "imperatives of negotiations" (Drahos y Braithwaite, 2002: 37)

Por supuesto, esto requería justificaciones discursivas, que no podían invocar las necesidades políticas que las animaban. Estas justificaciones suenan tan poco afortunadas como las que se utilizadas para amparar al software bajo copyright<sup>107</sup>. Por ejemplo, se invocaba la eficiencia del GATT -la institución predecesora de la organización mundial del comercio- en el combate a las mercancías falsificadas, como antecedente curricular que haría calificar a esa institución para el puesto de custodia de la PI.

The GATT had also done useful work on the issue of trade in counterfeit goods including a decision adopted at Ministerial level on November 29, 1982. In the eyes of several industrialized countries, the increasingly strong link between trade and intellectual property made the GATT the most adequate forum for updating the international intellectual property system. (Gervais, 2002: 944)

Claro, la cita no es del todo afortunada. En efecto, en ella su autor confunde el discurso de las potencias industrializadas con sus motivaciones reales. Éstas no tienen nada que ver con las justificaciones ideológicas del vínculo entre comercio e IP, o la eficacia del GATT tal o cual actividad, sino con los argumentos que ya mencionamos más arriba: la configuración material cognitiva del capitalismo informacional requirió de un ámbito con una correlación de fuerzas favorable a los titulares y mecanismos de poder necesarios para asegurar el cumplimiento de la expansión de la propiedad intelectual.

De hecho, más allá de la incoherencia inscripta entre la finalidad originaria del GATT y la custodia de los derechos monopólicos sobre el conocimiento, esa institución estaba lejos de tener los mejores antecedentes para manejar el marco jurídico mundial sobre IP. Hacia mediados de los '80, cuando se inicia la Ronda Uruguay, no tenía ningún experto en ese área, ni mucho menos un equipo preparado, planes de acción o proyectos propios sobre el particular<sup>108</sup>.

En fin, el vínculo entre Propiedad Intelectual y Comercio se vuelve una herramienta mucho más poderosa, después de la firma del TRIPS. Ahora el mecanismo de reaseguro de la PI está jurídicamente asociado a nivel internacional con las barreras comerciales. No se trataba sólo de que los países suscribieran el tratado, sino de que realizaran en sus legislaciones domésticas las importantes modificaciones que este establecía, so pena de las mentadas sanciones<sup>109</sup>. Desagregar el contenido del TRIPS sería algo engorroso y hay excelentes textos que lo hacen (May y Sell, 2006; Gervais, 2003). Nos basta aquí con resaltar algunos puntos:

a) El tratado impone una serie de estándares mínimos a los cuales todos los estados firmantes deben adecuar sus legislaciones nacionales contando con un plazo de cuatro años para hacerlo<sup>110</sup>. Pero no pone límites al refuerzo de la posición de los titulares de los derechos.

b) El TRIPS incluye todas las formas de propiedad intelectual en una misma pieza jurídica. Esto, que es la cara institucional del proceso de *unificación* que estudiamos en el

capítulo VII, no registra ningún antecedente histórico. Algo similar ocurre con el tratamiento que da al conocimiento como *propiedad*<sup>111</sup>

c) El marco del tratado, incluyendo el mecanismo de resolución de disputas es el de la OMC o WTO, es decir, la organización mundial del comercio, en la que los países exportadores de propiedad intelectual tienen un peso mucho mayor. Como señalamos, el aspecto más importante de todo el tratado es que se establece un poderoso mecanismo de *enforcement*. Consecuentemente, los países miembros de la OMC, pierden mucho de su autonomía para fijar políticas de propiedad intelectual.

d) Permite el patentamiento de la materia viva y en general no pone límites al “subject matter” patentable. Sólo establece que los países *pueden* –no deben- excluir del patentamiento (Art. 27.2 y 27.3) , extiende las patentes a un mínimo de 20 años (Art. 33).

e) Las “licencias compulsivas” son más difíciles de obtener (Art. 31 May y Sell, 2006: 171). La carga de la prueba para las patentes de proceso se invierte, y ahora es el acusado el que debe demostrar que no utilizó el proceso en cuestión (Art 34)

f) Los artículos 35-37 explicitan la protección sui generis de los Circuitos Integrados

g) El artículo 39 incluye, por primera vez en la ley pública internacional, la protección de los Trade Secrets.

h) Los artículos sobre copyright (9-14) se enfocan en los derechos patrimoniales más que en los morales, que son controversiales en los EE.UU. La extensión del copyright es de 50 años a partir de la muerte del autor (Art 12). En este caso, es un estándar menor que el que han adoptado los EE.UU.

i) Establece la protección del software bajo copyright (Art. 10).

j) Para las trademarks se establece un mínimo de 7 años, renovable indefinidamente (Art.18)

k) Los artículos 22-24 establecen el derechos sui generis de Indicaciones Geográficas.

l) Los artículos 25 y 26 tratan sobre Diseños Industriales.

m) A partir del Art. 40 el tratado se concentra en los mecanismos de resolución de disputas.

n) Llamativamente, el Art. 71.2 cuenta con un mecanismo para hacer modificaciones al TRIPS que supongan un aumento en los estándares de protección, pero no hay provisiones para disminuirlos. (May y Sell, 2006:175)

Naturalmente, la historia de la expansión de la propiedad intelectual no es lineal ni terminó con la firma del TRIPS. La Ronda de Doha, y una variedad de debates y maniobras posteriores mantienen abiertas ciertas disputas dentro del marco del tratado. En cualquier caso, nuestro objetivo de mostrar la vista panorámica de la readecuación mundial de la propiedad intelectual al capitalismo informacional está mínimamente cumplido.

## Resumen y Conclusiones de la Segunda Sección

En los dos capítulos de esta sección estudiamos la expansión de la propiedad intelectual respecto de seis áreas interrelacionadas. Aunque tomamos, mayormente, datos de los EE.UU. pretendimos sugerir la dirección que están asumiendo las tendencias globales.

En primer lugar, discutimos el incremento de la cantidad de los derechos concedidos. Constatamos como ellos se distancian claramente de las cifras del capitalismo industrial en los casos del copyright, las trademarks y las patentes. Respecto de estas últimas hicimos un análisis desagregado para poder captar qué tipos de bienes son los que más se patentan. Previsiblemente, encontramos que los bienes informacionales, representando apenas un cuarto de las patentes, han sido patentados más del quintuple que el resto en los últimos años. También respecto de las trademarks (en relación a los flujos de atención y el reconocimiento) y el copyright (considerando que protege flujos de ID), buscamos vincular los rasgos del Capitalismo Informacional con las tendencias regulatorias.

En segundo lugar, transitamos brevemente por el avance en la duración de los derechos. Esta sólo se constata de manera notoria respecto del copyright. El aspecto más notable de este avance radica en ir acercando al copyright a un derecho perpetuo, dándole un barniz de propiedad a una regulación pensada otrora como sumamente acotada en el tiempo. En las patentes hay un pequeño aumento de 17 a 20 años que no es significativo.

En tercer lugar estudiamos la expansión en el alcance de la propiedad intelectual. Se trata, posiblemente, de la variable más importante. Entes antes excluidos, son ahora abrazados por ella; a la vez, entes nuevos desafían la dicotomía derechos de autor-propiedad industrial. Más aún, se crean nuevos derechos y los viejos –como el copyright y las patentes– desbordan sus cauces tradicionales. En cualquier caso, la tendencia es hacia una mercantilización creciente. Los casos más notorios son: i) la curiosa protección del software bajo copyright (que le brinda a un medio de producción el máximo de protección disponible, sin revelar cómo funciona, discutir su altura inventiva, etc.); ii) la protección de bases de datos no sólo bajo copyright, sino, en el caso de la Unión Europea, con un régimen *sui generis*, (que requiere de menores estándares). En ambos casos se trata de proteger a la ID con los medios más poderosos, independientemente de la coherencia con la tradición del copyright. iii) La extensión de las patentes para abarcar a la materia viva, en sus formas más diversas. Los avances en biotecnologías y los valores de la posmodernidad, que estudiamos en el capítulo VI, tornan al límite de lo vivo –que antes era observado por las patentes– sencillamente superfluo. El avance de las fuerzas productivas obliga a dejar de lado la distinción entre lo vivo y lo inerte, como instituye el fallo *Chakrabarty* iv) El crecimiento del “Right of Publicity”, para custodiar *toda manifestación* de una “celebrity” da cuenta de la necesidad de la etapa de velar por la mercantilización los valiosos cúmulos de atención y las redes de reconocimiento que en torno de las estrellas toman forma. v) La configuración de un derecho *sui generis* sobre circuitos integrados. Dado que la producción de chips (como vimos en el capítulo VIII del segundo volumen) incluye procesos que combinan Tecnologías con decisivos flujos de ID -planos, litografías, etc-, la protección por patentes (que parece bastar para otras tecnologías) resulta insuficiente.

En cuarto lugar (ya en el capítulo IV) estudiamos la expansión de la legislación. Aunque varios de los cambios son tratados en los otros ítems, aquí nos concentramos en dos tareas. Primero, tomamos un indicador que nos permitió, rústicamente, aproximarnos a la extensión de las normativas vigentes. Esto es, más allá de la cantidad de leyes, nos acercamos al volumen de ellas. Además de constatar, también aquí, una expansión generalizada, esto nos permitió dar cuenta de que en el terreno de las patentes se han introducido modificaciones poco publicitadas que han ido extendiendo la cantidad de conductas normadas. En segundo

lugar, nos focalizamos en la legislación penal. Aunque mucho menor en cantidad que la civil, aquélla custodia los valores más importantes para un colectivo social. Vimos como la legislación penal sobre derechos de propiedad intelectual, prácticamente inexistente en el capitalismo industrial, estalla con el advenimiento del capitalismo informacional. Sugerimos que, a diferencia de otros casos, aquí la regulación penal no surge por un impulso de la “conciencia colectiva”, sino que, por el contrario, se *intenta* inocular en la intersubjetividad desde las esferas normativas. Este movimiento parece surgir como un primer reflejo de la totalidad capitalista para intervenir en una configuración material cognitiva que se le torna ingobernable con las normas del capitalismo industrial.

En quinto lugar discutimos la evolución de los litigios. Constatamos que los vinculados a la propiedad intelectual crecieron enormemente, en comparación con los de las otras áreas. Esto ocurrió tanto respecto de los litigios civiles como de los penales. Mencionamos que la prolongación en el tiempo de una alta litigiosidad no es un fenómeno eficiente, desde la perspectiva del sistema capitalista. Las causas de esta situación se ubican entre dos polos. Por un lado, hay una fuente de litigiosidad que emerge del combate a la replicabilidad de la ID. Por otro lado, crece la mercantilización de la litigiosidad misma. Como vimos en el caso de las patentes, la acumulación de carteras de moléculas de conocimientos sirve para negociar acuerdos, establecer barreras de entradas a mercados y, claro, litigar ofensivamente.

En sexto y último lugar repasamos el notable avance internacional de los cambios en materia de propiedad intelectual. Si bien vimos que los derechos sobre el conocimiento siempre tuvieron un impulso inherente hacia la internacionalización, en el capitalismo informacional esa vocación toma un formato institucional muy concreto. Ese formato es el del Acuerdo TRIPS, que unifica por primera vez todos los derechos de propiedad intelectual en una pieza jurídica, establece pisos mínimos para todos los países e internacionaliza varias de las expansiones que mencionamos en los puntos anteriores. Pero, sobre todo, sitúa al tratado en el marco de la Organización Mundial del Comercio, con lo cual pone a disposición de los países que presionan por estándares altos de Propiedad Intelectual un poderoso mecanismo de *enforcement*: el no cumplimiento de las obligaciones en esta materia puede derivar en sanciones comerciales sobre los países díscolos.

Muchos trabajos han analizado varios de los temas que hemos discutido en este capítulo con más profundidad, seriedad y extensión que las que hemos alcanzado aquí. *Sin embargo, en esos artículos o libros suele soslayarse la perspectiva de la totalidad del fenómeno.* La expansión en las cantidades de patentes concedidas se explica por los contingentes cambios institucionales del circuito de apelaciones; los incrementos en la duración del copyright, por la avaricia en el ejercicio de sus derechos de un puñado de compañías; el TRIPS se depende de una serie de coyunturales intrigas entre lobistas corporativos y gobiernos; y así sucesivamente. Fenómenos puntuales, circunstancias casuales. Acciones fortuitas de redes de individuos e instituciones: de eso se tratan las explicaciones de las ciencias sociales en la posmodernidad que habitamos. Como reiteramos una y otra vez, en nuestra opinión este es el peligro de la multiplicidad posmoderna: perder de vista la totalidad capitalista.

Porque, ni bien se reúnen todas estas transformaciones –adicionadas a las que vimos en el capítulo I- el panorama se vuelve claro. No estamos frente a un conjunto de venturosos azares, sino ante un profundo reacomodamiento de las relaciones sociales de producción, si el lector gusta de los términos marxistas. Si, en cambio, acepta la terminología de nuestro marco teórico, nos encontramos presenciando una enorme transformación de los CSI Normativos, transformación que dialoga con la Configuración Material Cognitiva propia del Capitalismo Informacional. Naturalmente, lo impredecible y lo incalculable; el error y el caos; la multiplicidad y los famosos acontecimientos son *parte* del devenir del Ser. Pero una parte que

ha de vincularse con la totalidad dialéctica, con la que interactúan y de la que son un fragmento. En fin, en esta sección observamos un conjunto de las transformaciones masivas, sistemáticas y sincrónicas, y más allá de describirlas someramente, intentamos trazar algunos de sus vínculos con los flujos de conocimientos que caracterizan al presente período. Ahora bien, corresponde desarrollar una idea que hemos apenas sugerido y que, sin embargo, es fundamental y desembocará en el último capítulo de esta obra.

Ante todo, hay que evitar entender a estas adaptaciones de las regulaciones capitalistas como exitosas, automáticas, aporoblemáticas o racionales. Los cambios son *evolucionarios o "path dependence"* –para usar el vocabulario que los neoschumpeterianos utilizan en la economía de la tecnología-: se adaptan a partir del camino que las instituciones vienen recorriendo, improvisan con los materiales de los que se dispone. Consecuentemente, muchas respuestas son, sencillamente, erráticas, azarosas, y, posiblemente, no las más eficientes. Ante las transformaciones de los procesos productivos, que estaban dando forma al informacionalismo, la expansión de los derechos de propiedad intelectual, su unificación y propertización fueron las respuestas más cercanas con las que los sujetos o mejor, los flujos de conocimientos, se toparon. Pero estas fueron respuestas de un período transicional, dictadas en buena medida por los ecos del capitalismo industrial.

Esto se manifiesta en algunas de las contradicciones que las expansiones vistas tienen en términos de la estabilización de una configuración material cognitiva. Cuatro contradicciones emergen con claridad de nuestro análisis:

- i) La lógica de la “propertización”, esto es, de la posesión de activos por plazos indefinidos, de la exclusión sistemática de los no propietarios, es contraria a varios de los flujos de conocimientos que caracterizan a la etapa. Esto se aprecia con claridad si se recupera lo dicho en el capítulo VI. El valor de la propiedad, en el sentido en que se lo usa aquí, está en baja, frente al acceso inmediato y efímero. Esto, claro está, es indisociable de las tendencias en las TD y la ID, la ley de Moore, los reemplazos permanentes de los softwares más avanzados, etc. La tendencia en los procesos productivos informacionales es hacia la conectividad, compatibilidad, acceso instantáneo, la inclusión en redes de reconocimiento, pero no posesión a largo plazo. Ser propietario de un software por 95 años no es mucho más útil que tener el control de él por 5.
- ii) Las bases históricas de lo que hoy llamamos propiedad intelectual, esto es los derechos de autor y la propiedad industrial, tal cual los vimos en el capítulo V, estaban bien amoldadas a la era del *individuo*, el capitalismo industrial. Aunque vimos que luego la titularidad de los derechos se extendió a empresas, el sistema de propiedad intelectual, ya en el capitalismo informacional, sigue descansando básicamente en los individuos. El problema es que, como vimos en el capítulo VI, los individuos están dejando paso a los *dividuos*. Si bien toda la historia del capitalismo es la de la colectivización de la producción, en la presente etapa ese carácter se vuelve evidente, reconocido y festejado por la lógica de las redes, la producción colaborativa, etc. Así, si bien la idea de que los individuos producían conocimientos *ex nihili* fue una abstracción ideológica necesaria para el funcionamiento del capitalismo industrial, hoy es cada vez más insostenible. Sin embargo, este es el punto, la regulación del Acceso a los conocimientos bajo la forma de la propiedad intelectual erige su arquitectura –con alguna que otra excepción reciente- en torno de los individuos. En fin, la producción de conocimientos por parte de *dividuos* que actúan en redes –y son concientes de ello- y la regulación de esos conocimientos bajo bases individuales son dos aspectos de la configuración material cognitiva del capitalismo informacional que se encuentran en tensión.
- iii) Los ingentes esfuerzos de los titulares de Bienes Informacionales primarios para impedir la copia ilegal (capitalista o no capitalista) de sus productos vienen fracasando estrepitosamente. Ni las leyes penales, ni las penas civiles parecen estar teniendo mucho

éxito. Lo mismo ocurre con el tema de los impedimentos tecnológicos a las copias, los famosos dispositivos DRM. Aunque se ha debatido bastante sobre si era correcto o no que una empresa insertara en las mismas tecnologías dispositivos anti copia, por ahora la discusión es vana: ninguno de esos procedimientos tiene un impacto importante, por ejemplo, en China. El punto es otra vez el mismo: el intento de impedir la copia va en contra de la configuración material del período. La información digital es replicable, maleable, crackeable y sus características se anudan con los valores de la época, las redes de reconocimiento, los rasgos de las tecnologías digitales, en fin, con la Configuración Material Cognitiva del capitalismo informacional. Así como esta configuración, por ejemplo, se lleva bien con el patentamiento de la materia viva, parece tener poca afinidad con las restricciones a la circulación de la ID. Naturalmente, esto no quiere decir que los bienes informacionales primarios vayan a fluir libremente, sino que las normativas del copyright tal vez hayan de buscar *complemento* en otras modalidades, tan capitalistas como aquéllas, para estabilizar las regulaciones del período.

- iv) La concesión excesiva de derechos de propiedad intelectual puede tornarse en un obstáculo para los procesos productivos capitalistas, encareciendo los costos de transacción enormemente y situando las barreras al acceso en niveles que desincentivan las innovaciones. *En varios casos, el favorecer a ciertos sectores o empresas repercute negativamente en la dinámica general del sistema.* El caso típico es el del patentamiento excesivo de fragmentos de conocimientos. En biotecnología, software y sobre todo, tecnologías digitales, un solo producto puede tener *miles* de patentes. Esta sobreadaptación ofensiva de las firmas productoras de conocimientos y, sobre todo, de firmas especializadas en la administración de carteras de propiedad tiene cierta afinidad electiva con la constitución de redes productivas. No obstante, produce un fraccionamiento tal de los flujos de conocimientos necesarios para los procesos productivos que se puede caer en “The tragedy of the Anticommons” (Heller, 1997). En ella, la asignación excesiva de derechos desincentiva la inversión, de manera equivalente a como lo hacía la “Tragedia de los comunes” (Hardin, 1968) pero por motivos simétricamente opuestos. Otro caso en el que la protección excesiva es contraria a los intereses sistémicos es el de la protección del software con código cerrado (cosa favorecida por la custodia bajo copyright que no obliga a explicitar el funcionamiento). Como vimos cuando analizamos los casos en los que se adoptaba el SL/CA, el punto era que permitía reconfiguraciones y adaptaciones que el software privativo no. Tal vez, en algunos casos, por proteger a los desarrolladores de determinados tipos de programas, se limitan las innovaciones posteriores, se duplican esfuerzos, etc. Un tercer ejemplo es el de la protección sui generis de las bases de datos. El hecho de que cierta cantidad de datos sean públicos es algo que favorece los desarrollos capitalistas en su conjunto. El énfasis por protegerlos para intentar evitar la replicabilidad de la ID no sólo parece materialmente tendiente al fracaso, sino que aún en caso de ser exitoso puede tener consecuencias desafortunadas para los procesos de innovación estrictamente capitalistas (vid. David, 2000).

Teniendo en cuenta estas contradicciones –y/o otras similares– algunos autores (Blondeau, 2000; Rullani, 2000; Boutang, 2000) postulan que ellas son rasgos constitutivos de la presente etapa. Esta era nuestra opinión en los orígenes de esta investigación, opinión que podría describirse así: en el pasaje del capitalismo industrial al informacional, los CSI Normativos se estructuran alrededor de la expansión de la Propiedad Intelectual. No obstante, la indocilidad de los bienes informacionales y, más en general, los rasgos de los flujos de conocimientos del período, mantienen una grieta abierta en las regulaciones capitalistas. El software libre, los contenidos bajo licencias Creative Commons y otras formas de conocimientos *no propietarios* serían alternativas no capitalistas que florecen en esas grietas.

*Sin embargo, este tipo de análisis omite que junto con la modalidad excluyente de la propiedad intelectual, otras formas de regular los conocimientos, opuestas a ella en todos los aspectos salvo en su carácter estrictamente capitalista, están emergiendo. Otras regulaciones, que se basan en la mercantilización pero no en la exclusión; que se apoyan en la libertad y no en la represión; que invitan a producir y no sólo a consumir, están siendo prolijadas por la dinámica capitalista. Aunque se trata de modalidades que todavía no se han estabilizado y para las cuáles no tenemos los términos precisos para nombrarlas, dedicamos el último capítulo de esta tesis a intentar asirlas: creemos que constituyen un complemento fundamental de la propiedad intelectual en la regulación de los flujos de conocimientos del capitalismo informacional.*

# **Tercera Sección**

## **Más allá de la Propiedad Intelectual:**



## Introducción a la Tercera Sección: La libertad y el Capitalismo

Al menos en la etapa que nos toca, el Capitalismo añade modalidades regulatorias mucho más rápido de lo que los científicos sociales alcanzamos a pensarlas. Varias tendencias, difusas en un principio, han madurado en los años que duró esta investigación. En este capítulo queremos estudiar tres de esas tendencias. Con todo, se trata de modalidades que no se han estabilizado, y para los cuáles los nombres y las ideas que sugerimos son puramente provisorios. Todas ellas tienen en común un hecho decisivo: se han anoticiado de las limitaciones de los modelos estrictamente excluyentes basados en la PI que señalamos en las conclusiones de la sección anterior. La palabra “*libertad*” se escucha una y otra vez en derredor de estas modalidades. Quizás esa sería otra forma de anunciar lo que se intenta en este capítulo: un análisis de los formatos regulatorios que incentivan y celebran las libertades de los usuarios. He ahí a la libertad de usar gratis los programas o las capacidades de almacenamiento, pero sobre todo, la libertad de crear colaborativamente. La de modificar contenidos en las wikis, la de opinar en los blogs, la de difundir videos en YouTube, la de encontrarse con amigos en Facebook. Con gusto o con resignación, según el caso, las modalidades que estudiaremos aceptan que los bits son replicables y que es difícil *cercarlos* mediante los derechos de propiedad intelectual. Más aún, aceptan que los *commons* no son contrarios al capitalismo y que la cooperación productiva entre los individuos por fuera del tiempo de trabajo, lejos de ser un peligro, debe ser promovida. Son regulaciones que se han anoticiado del reinado de las redes y les rinden pleitesía.

En primer lugar estudiaremos a las Licencias GPL y Creative Commons, y como ellas engrandecen una esfera pública no estatal. Conceptualmente, trataremos de sugerir que éstas y otras licencias contribuyen a crear flujos de Conocimientos Doblemente Libres: conocimientos que fluyen sin restricciones y, a la vez, son producidos de manera voluntaria e impaga. Aquí nos referiremos a los usos no mercantiles de esos flujos, dado que el aprovechamiento capitalista de ellos constituirá la segunda modalidad. En efecto, a continuación discutiremos como las empresas se valen de esos conocimientos doblemente libres y, combinándolos con dosis pequeñas o disimuladas de propiedad intelectual, erigen una fascinante estratagema mercantil: la Apropiación Incluyente. Ofrecer una descripción de esta modalidad es, quizás, el objetivo específico más importante de este capítulo. Finalmente, en tercer lugar nos asomaremos, apenas, a otra tendencia capitalista que se perfila con un gran potencial de crecimiento en el futuro. Se trata de la Computación en la Nube (“Cloud Computing”), o la modalidad por la cual el software, por ejemplo, se presta *como* un servicio, dado que opera en los servidores de la empresa proveedora, y no en la computadora del usuario. Si nuestra presentación llega a buen puerto, al finalizar el capítulo el lector debería tener un panorama claro respecto de los rasgos comunes y las diferencias de estas tres modalidades.

**Capítulo V**  
**Los Conocimientos Doblemente Libres, la**  
**Apropiación Incluyente y la Computación en la**  
**Nube**

## (i) Los Conocimientos Doblemente Libres y la esfera Pública No Estatal:

### Las licencias GPL

Ya hablamos de la historia del software libre en el volumen II. Lo hicimos desde el punto de vista de los rasgos del software –en el capítulo VII - y desde el ángulo de la organización del proceso productivo como “Producción Colaborativa” –en el capítulo XI-. Sin embargo, el movimiento del SL/CA (Software Libre o de Código Abierto) es conocido no sólo por esos aspectos sino, ante todo, por una modalidad “libre” de *regulación* de los flujos de conocimientos. Términos como “copyleft”, “liberar código”, “licencias abiertas”, “licencias públicas” y similares se asocian usualmente a esta corriente. Y de hecho, quizás el gran aporte de Richard Stallman y la FSF haya radicado, más que en la programación de software, en dar un marco legal a una dinámica productiva que carecía de ella (Vidal, 2000:50). En efecto, vimos que desde el inicio de la computación hasta los años 70, la idea de compartir el código fuente de los programas, la modificación y redistribución de ellos era la práctica dominante, aunque no contara con una regulación normativa específica. Sin embargo, con la aparición y el desarrollo de una esfera de software comercial en los ‘80 y el consecuente fichado de los programadores académicos por parte de las empresas, las líneas de código informático empezaron a ser protegidas como secretos industriales. Algunos programas empezaron a circular con su código cerrado. Y para otros se obtuvieron patentes. Mucho más importante aún, la aplicación del copyright y los derechos de autor para los programas en los ‘80, ponía en situación de ilegalidad a quienes quisieran compartir los softwares (recordemos que aquí se trata de una protección automática y por defecto)<sup>112</sup>. Como es sabido, algunos programadores disconformes con el rumbo que estaban tomando los acontecimientos se nuclearon alrededor de la Free Software Foundation. Liderados por el mencionado Stallman, publicaron en 1985 el famoso *Manifiesto GNU*<sup>113</sup>, que exudaba, entre otras cosas, dos objetivos. Uno, con el que comienza el texto, es el de crear un sistema operativo “libre”<sup>114</sup>. Ante el proceso de privatización de (algunas versiones) Unix, la idea era contar con un sustituto cuya circulación no pudiera restringirse. Se trataba de una tarea titánica, que sólo se completaría en 1991 y con la intervención decisiva de las redes de programadores coordinadas por Linus Torvals. El otro objetivo, subsidiario del primero, era desarrollar una regulación legal que permitiera la circulación del futuro sistema operativo –y otros programas- pero que a la vez impidiera que pudiese ser transformado en privativo por algún usuario<sup>115</sup>. Esto se consigue en 1989, con la aparición de la primera versión de la General Public License (GPL)<sup>116</sup>.

Es importante destacar que el licenciamiento bajo la GPL se produce *luego de la afirmación del copyright por parte del autor*<sup>117</sup>. Es decir, la GPL opera al interior del *copyright* y no, como podría creerse, como alternativa ajena a él. Mediante la GPL el titular del copyright otorga cuatro libertades a los usuarios. Ellas son:

- La libertad de ejecutar el programa, para cualquier propósito (libertad 0).
- La libertad de estudiar cómo trabaja el programa, y cambiarlo para que haga lo que usted quiera (libertad 1). El acceso al código fuente es una condición necesaria para ello.
- La libertad de redistribuir copias para que pueda ayudar al prójimo (libertad 2).
- La libertad de distribuir copias de sus versiones modificadas a terceros (la 3ª libertad). Si lo hace, puede dar a toda la comunidad una oportunidad de beneficiarse de sus cambios. El acceso al código fuente es una condición necesaria para ello. (FSF, Definición de Software Libre<sup>118</sup>)

En realidad, la licencia GPL es *un* modo de garantizar esas cuatro libertades. Según la Free Software Foundation, cualquier programa que permita esas cuatro libertades, con esta u otras licencias similares, puede ser llamado *Software Libre*. Inversamente, ningún software que no garantice estos cuatro requisitos debe ser denominado de ese modo. Necesariamente, para que se cumplan estas cuatro “libertades”, el software debe circular con su código fuente o abierto (“open source”). Finalmente, un rasgo importante de las licencias GPL es que mantienen las libertades corriente abajo (“downstream licensing”, en el artículo 10 de la GPLv3)<sup>119</sup>.

## Las Licencias Creative Commons

Aunque las licencias GPL podían ser utilizadas para otro tipo de obras, estaban claramente orientadas hacia el software. Una iniciativa vino a complementarla para otros tipos de bienes informacionales –textos, audios, imágenes, etc-. Aquí el desencadenante inmediato fue la expansión de la duración del copyright de 1998. Lawrence Lessig, entre otros juristas, veía como esta prolongación alejaba a numerosas obras del dominio público. La primera respuesta fue judicial: en el caso *Eldred vs. Ashcroft*, Lessig intentó discutir la constitucionalidad de la expansión, pero la Corte Suprema le dio la espalda. El mismo día en que se conoció el fallo, en 2002, Lessig y otros juristas fundaban Creative Commons (CC). La vocación filosófica tenía algunos aspectos en común y otros distintos de los de la GPL<sup>120</sup>. En efecto, la FSF y CC compartían una vocación por engrandecer la esfera pública de flujos de ID. Sin embargo, para la segunda organización no se trataba de oponerse al copyright, sino a su extensión juzgada como excesiva.

Las primeras licencias se otorgaron en diciembre de 2002. La idea jurídica inicial fue tomada, naturalmente, de la FSF<sup>121</sup>. Se trataba de, afirmando el copyright, crear un licenciamiento que permitiera la circulación y modificación de las obras. A diferencia de las GPL, las licencias Creative Commons (CC) permiten al autor otorgar o no distintas libertades a los usuarios. Hay cuatro variables que, combinadas, resultan en las licencias específicas. Ellas se refieren a i) la atribución de autoría, ii) al uso comercial, iii) a permitir las obras derivadas y iv) a la obligación de otorgar a la obra derivada una licencia similar. En la práctica, la atribución de autoría se volvió un rasgo de todas las licencias CC. Esto, que conserva el derecho moral de paternidad, significa otra pequeña diferencia con las licencias GPL. A su vez, la libertad de modificar (que era inflexible en las licencias GPL), es aquí una alternativa, que hace que en muchos casos el autor pueda permitir la copia e incluso la redistribución comercial, pero manteniendo el otro derecho moral, el de la integridad de la obra. La opción de aceptar o restringir los usos comerciales también es una particularidad importante. En la GPL el titular no tiene medios para distinguir los usos derivados mercantiles de los que no lo son<sup>122</sup>. En concreto, hay seis tipos de licencias CC que combinan los distintos tipos de permisividades que los autores quieren otorgar<sup>123</sup>. En todos los casos, se incluye la posibilidad de copiar y distribuir la obra.

## La expansión de una esfera pública no estatal

Las licencias GPL, CC, y muchas otras menos conocidas tienen una consecuencia muy sencilla: impulsan el crecimiento de una esfera pública y no mercantil de conocimientos digitales. No es la única esfera que impulsan, pero contentémonos con hablar de ella por ahora. Evidentemente, siempre existieron ámbitos de circulación pública de conocimientos. Aún con la creación de los derechos de autor, las obras no registradas y las que iban cumpliendo su deuda con los autores privados quedaban en libertad y podían circular por el dominio público. A su vez, el capitalismo industrial vio emerger una serie de intervenciones

del estado que fueron confundiendo lo público con lo estatal. Las empresas “públicas”, la salud “pública”, las tierras “públicas”, obedecían a una determinada concepción de lo público. Sin embargo, tendió a perderse de vista la existencia de otras formas de acceso público a los recursos, sin la regulación estatal. Aunque estas modalidades subterráneas incluían a diversos tipos de recursos naturales, (Ostrom, 1990), siempre fueron dominantes en relación a los conocimientos. Los lenguajes y las teorías científicas, por ejemplo, habitan ille tempore este ámbito de lo público no estatal (Vid. Virno, 2004). Sin embargo, como hemos visto, la expansión de la propiedad intelectual iba haciendo retroceder la jurisdicción de este espacio público. Las licencias GPL y Creative Commons intentan, con remarcable éxito, volver a ensanchar el espacio de circulación libre de los saberes. Es notable que, por el motivo que sea, lo hacen de un modo que no interpela al Estado: no se trata de modificaciones legislativas, ni de fallos judiciales que las establezcan como doctrinas. Al funcionar al interior del marco del copyright, estas licencias crean un ámbito público dentro del dominio privado. A su vez, hay que destacar que ya no se trata de una *conservación* de un ámbito público (como sería la protección de bosques o ríos de la privatización), sino de la expansión de éste. Una expansión que, además, no se da en un terreno baldío o marginal para los procesos productivos capitalistas, sino que toma forma en el centro mismo de los procesos productivos informacionales.

Todo esto ha provocado un gran entusiasmo por parte de los críticos del capitalismo, que veían o ven en el movimiento del Copyleft, el Software Libre, las licencias GPL/CC un cierto desafío a las relaciones sociales de producción vigentes (Blondeau, 1999; Boutang, 1999; Corsani, 2001, 2003; Dyer Whiteford, 2000; Rullani, 2000; Vercellone, 2000; Rodríguez y Sánchez, 2000; Lazzarato, 2006). Para estos y otros autores<sup>124</sup>, la idea de un desafío al capitalismo por fuera de los partidos políticos, el estado, la toma del poder, etc., resulta sumamente atractiva. Igual de atractiva parece esta idea a las multitudes del movimiento antiglobalización y, de manera más general, a quienes se identifican con un ideario progresista pero reniegan del marxismo/leninismo.

Más allá de estas identificaciones políticas, la historia que narramos sobre las licencias “libres” sugiere claramente que éstas no nacieron con un espíritu anticapitalista, ni nada que se le parezca. Mal que le pese a los autores mencionados, lo que hay de común en las distintas iniciativas era una vocación profundamente liberal. Claro, el término *liberal* aquí refiere a las ideas de John Stuart Mill y no a las de Milton Friedman. Naturalmente, las intenciones de los padres no determinan el devenir de los hijos. En este caso, en sus pocos años de vida, estas licencias han sido objeto de distintos intentos de resignificación. El del impulso a una esfera pública no estatal como una crítica al capitalismo ha sido uno de ellos, pero no el único, ni el más importante.

En este sentido, si se lo mira desde un paradigma crítico del capitalismo, algunas anomalías comenzaron a aparecer en el ecosistema de las licencias libres. Desde ser un fenómeno más bien marginal en los '90, la producción regida por modalidades no privativas pasó a ser ampliamente celebrada a principios del siglo XXI. Celebrada, ahora, por aquellos que al principio la miraban con cierto recelo: los consultores de management, los manuales para empresarios e incluso por las firmas más poderosas del mundo. Lo que han descubierto estos actores es un rasgo que anidó desde el origen en estas modalidades productivas: el carácter doblemente libre de los conocimientos que custodian.

### Los Conocimientos Doblemente Libres

En efecto, pese a que todos los discursos favorables hablan de la libertad de manera genérica, o de un puñado de libertades, en el fondo del asunto el capital encuentra dos libertades que

combinadas, le resultan muy satisfactorias. Pero para explicar esta idea de los conocimientos doblemente libres tenemos que retroceder un poco y volver, una vez más, a Marx. Como vimos en el Capítulo III del segundo volumen, un aspecto decisivo para que la propiedad privada se haya vuelto el eje estructurante del capitalismo industrial fue la aparición de trabajadores *doblemente libres*. Dos aspectos había, entonces, en el proceso de constitución material del individuo-trabajador. Uno era el que el contractualismo festejaba como una “libertad” genérica o como un puñado de ellas. Los sujetos no dependen más de señores feudales, son dueños de sí mismos y pueden conducir sus vidas como les venga en gana. Da lo mismo si esto se analiza descomponiéndolo en un puñado de libertades (a disponer de su cuerpo, del fruto de su trabajo, movilizarse, etc.) o si se habla de manera general de “la libertad”. El punto es que, como señala Marx, esta libertad progresista es sólo una cara de la moneda, nada casualmente, la que celebran el contractualismo y la economía política. Pegada a ella con el cemento de la historia viene la otra libertad: la “liberación” del trabajador respecto de los medios de producción, de las herramientas y materiales que le permitirían desempeñarse sin tener que subsumirse al capital<sup>125</sup>. Sin esta segunda libertad, evidentemente, el esquema regulatorio del capitalismo industrial es impensable. En términos de nuestro marco teórico, no bastaba con “liberar” flujos de energías y conocimientos humanos. Era necesario que cierta clase de individuos careciera de las tecnologías, materias y energías necesarias para producir en condiciones competitivas y que, consecuentemente, debieran vender sus distintos tipos de conocimientos y energías como mercancías, regidas por las leyes de la propiedad.

Volvamos ahora a mirar a las licencias “libres”. Los conocimientos son libres porque permiten cooperar, intercambiar, copiar, estudiar, modificar, etc. *Pero también son libres por su faz complementaria: son conocimientos libres de toda obligación de pagar por ellos*. Libres por lo que permiten hacer con ellos, por que no suponen restricciones; pero libres también porque no suponen un reconocimiento monetario para el productor ¿Qué hay de malo en ello? ¿cuál es la cara oscura?, puede preguntarse el lector. Más aún, dirá el entusiasta, de eso se trata la filosofía de la “libertad”, de que los sujetos renieguen de la mercantilización, cedan sus productos de manera gratuita, en una muestra de generosidad e incluso de integración comunitaria.

Nuestra respuesta es que eso es efectivamente cierto cuando el uso de los conocimientos doblemente libres es por parte de usuarios que no producen mercancías. Sin embargo ¿qué pasa cuando los actores capitalistas se benefician de esta modalidad regulatoria?

¿da lo mismo si quién aprovecha esos conocimientos es una empresa? ¿Es igual si quién utiliza los gigantescos cúmulos de conocimientos impagos es un usuario final o una multinacional que recurre a ellos como insumos decisivos en la producción de sus mercancías? Evidentemente, hay buenos motivos para creer que esta distinción obliga a reconsiderar el tema. A las legislaciones de derechos de autor, para efectuar una comparación cercana, no les es indiferente que el uso de una obra se haga con o sin fines de lucro. Pero posterguemos un poco la discusión sobre lo que está bien y lo que está mal. *Lo que interesa aquí es apenas dejar planteado que las licencias CC, GPL y similares, generan conocimientos doblemente libres*.

La analogía con el trabajo doblemente libre de Marx invita a tomar con cautela las celebraciones de la libertad. No se trata de que sean “falsas”: el trabajador liberado del feudalismo efectivamente conseguía una libertad progresista, una que era digna de ser saludada. Sin embargo, junto con ella, venía otra libertad que no era promocionada del mismo modo, y que no resultaba menos importante. Con los conocimientos doblemente libres ocurre exactamente lo mismo. Es cierto que hay una libertad para festejar, pero cuando sólo se habla de ella y no de la otra libertad que la acompaña, estamos en presencia de un acto estrictamente ideológico, en el sentido que Zizek da al término (Zizek, 2003).

En fin, en nuestra opinión, *si* el carácter doblemente libre de los conocimientos es aprovechado por los prosumidores no mercantiles, nos encontramos con la esfera no capitalista, pública y no estatal. En cambio, si esos flujos de conocimientos son subsumidos por un proceso de producción capitalista, nos hallamos frente a la modalidad que llamaremos Apropiación Incluyente. En ambos casos pueden hacerse fiestas y convocarse brindis, pero los asistentes a unas y otras no deberían ser los mismos.

## (ii) Los Conocimientos Doblemente Libres y la Apropiación Incluyente

Cuando empezamos a mirar desde la perspectiva de los Conocimientos Doblemente Libres a la circulación de flujos de información digital con licencias “libres” o sin ningún tipo de licenciamiento<sup>126</sup>, emergen una serie de manifestaciones empíricas llamativas. Por ejemplo, redescubrimos desde una perspectiva complementaria algo que estudiamos en el capítulo XI del segundo volumen, al hablar de la Producción Colaborativa: un conjunto de empresas utiliza el SL/CA para lucrar, apropiándose de los conocimientos impagos. Es el caso de IBM con Linux, pero hay muchos otros. Se nos aparece también otro ejemplo similar, pero en el nivel de los contenidos y las redes sociales: Facebook, MySpace, YouTube y otras empresas parecen ganar dinero, en buena medida, a través de los contenidos doblemente libres de los usuarios. Los productores pueden acceder tan libremente a los contenidos de los sitios como libremente son despojados del reconocimiento patrimonial por sus aportes. Pero además del software y los contenidos hay un tercer tipo de explotación de los conocimientos doblemente libres: los datos. Empresas como Google cuentan con enormes bases de datos de las actividades de los usuarios. Sin que éstos tengan conciencia de los registros –cosa que no ocurría en las modalidades anteriores-, Google aprovecha toda “huella digital” para configurar avisos personalizados. Los usuarios acceden libremente las aplicaciones, pero las empresas usan libremente sus datos.

Recorramos estos tres tipos de relación entre las empresas capitalistas y los conocimientos doblemente libres. Cuando los hayamos planteado con algo más de precisión, podremos recuperar un mayor nivel de abstracción y proponer formalmente el modelo que estas empresas utilizan: la Apropiación Incluyente.

### Software libre y Capitalismo: Otra mirada al SL/CA

En *términos concretos* el SL/CA pone de manifiesto una amenaza a ciertos aspectos de la lógica capitalista: representa modalidades alternativas de organizar y apropiarse de la producción de Bienes informacionales primarios. No obstante, *en sus formulaciones teóricas*, desde el inicio estuvo lejos de plantear un enfrentamiento con las modalidades de apropiación capitalistas. De hecho, en el Preámbulo de las licencias GPL se lee:

When we speak of free software, *we are referring to freedom, not price*. Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (*and charge for them if you wish*), that you receive source code or can get it if you want it, that you can change the software or use pieces of it in new free programs, and that you know you can do these things. (Stallman, 2007: Preámbulo)

En efecto, durante cierto tiempo, los mentores del SL/CA, tildados de comunistas por Bill Gates<sup>127</sup>, se preocuparon por insistir en que sus iniciativas no suponían una amenaza a las empresas. La difusión de esta idea puede considerarse, con unos años de distancia, todo un éxito<sup>128</sup>. ¿Pero cuáles eran las implicancias de ese avance? Con una llamativa capacidad para intuir el futuro, Miquel Vidal dejaba ver su preocupación en el año 2000.

Hasta ahora, en la comunidad del software libre todo esto no se aprecia como una amenaza, ni siquiera como un problema, antes al contrario: alguna gente se ha esforzado mucho para convencer a las empresas de la viabilidad capitalista del modelo, y ahora empiezan a recogerse los frutos. ¿Cómo vamos a oponernos ahora a que las empresas ganen dinero con el modelo, siempre y cuando mantengan las reglas del juego, es decir, produzcan o financien software libre? Ni tenemos perspectiva ni ha pasado tiempo suficiente (apenas dos años) para valorar lo que va a suponer la irrupción masiva de



capital fuerte y de transnacionales en el software libre. Mi apreciación personal es que, a diferencia de otras cuestiones en que se mantiene una actitud crítica y muy alerta (como la legislación sobre patentes), en este crucial asunto hay excesiva fe en las bondades del mercado y del libre comercio. (...). Se puede pasar fácilmente de la cooperación sin mando a la cooperación sujeta, la cooperación con mando. (Vidal, 2000: 64)

## Lenguajes de programación ¿Mercancías no propietarias?

Comencemos con una pista, que surge de retomar el análisis de los lenguajes de programación (vid. Cap. IX del segundo volumen). Echemos un vistazo a esos lenguajes en función de su popularidad y consideremos, ante todo, dos preguntas: ¿Sus creadores/ desarrolladores son empresas capitalistas o no? ¿Su licenciamiento es privativo o “libre” (GPL o similar)? Los resultados, que pueden verse en el cuadro siguiente, arrojan una confirmación y una sorpresa.

Gráfico nro.V.1  
Características de quince lenguajes de programación de alto nivel

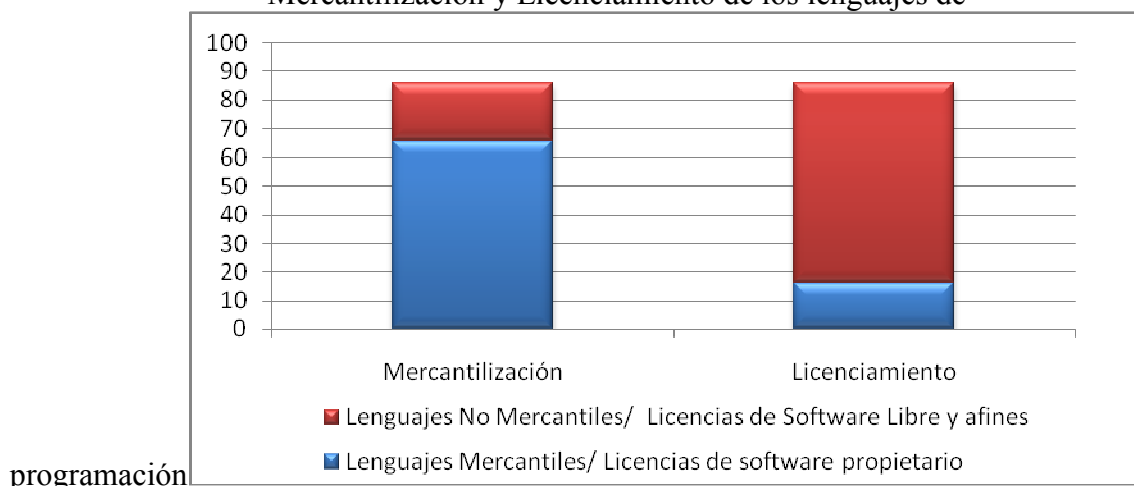
Lenguaje	Share de Popularidad	Creador/Desarrollador	Año Origen	Tipo de Licenciamiento	Sistema Operativo
Java	17,35	Sun Microsystems	1991	GPL	Multiplataforma
C	16,6	Bell Labs- Dennis Ritchie and Ken Thompson	1973	GPL	Multiplataforma
PHP	10	Rasmus Lerdorf - The PHP Group	1995	PHP License v3.01 - Open Source no compatible con GPL	Multiplataforma
C++	9,45	Bell Labs -Bjarne Stroustrup	1983	GPL	Multiplataforma
Visual Basic	7,05	Microsoft	1998	Propietario	Windows-MS DOS
C#	5,01	Microsoft	2001	Propietario	Windows
Python	4,3	Python Software Foundation - Guido van Rossum	1991	GPL	Multiplataforma
Perl	3,6	Larry Wall -comunidad perl coordinada por Larry Wall	1987	GPL	Multiplataforma
Delphi	2,66	Embarcadero Technologies	1995	Propietario	Windows
JavaScript	2,64	Netscape Communications Corporation - Brendan Eich	1995	Licencia JavaScript (Licencia Pública de Netscape) - compatible GPL	Multiplataforma
Ruby	2,44	Yukihiro "Matz" Matsumoto - Comunidad Ruby	1995	Ruby License - compatible GPL	Multiplataforma
Objective-C	1,78	Apple Inc. - Tom Love & Brad Cox	1986	GPL	Mac OS X - iPhone OS
Go	1,78	Google Inc	2007	BSD - Compatible GPL	Linux- Mac OS X
SAS	0,77	SAS Institute	2008	Propietario	Multiplataforma
PL/SQL	0,74	Oracle	1991	Propietario	Multiplataforma
Otros	13,83	-----	-----	-----	-----

Fuente: Elaboración propia en base a Tiobe.com<sup>129</sup>, Wikipedia.org, manuales y páginas oficiales de los distintos lenguajes y empresas, y entrevistas personales con desarrolladores.

La confirmación es, naturalmente, que el grueso de los lenguajes más utilizados se desarrolla con fines de lucro, bajo el mando o la coordinación de las empresas. No obstante,

hay que notar que los lenguajes producidos de manera no mercantil tienen una importancia nada despreciable. La sorpresa, en cambio, radica en que el licenciamiento de esos lenguajes es, mayormente, no propietario. Las licencias del tipo de la GPL, que permiten legalmente la copia, modificación y redistribución de los lenguajes son más la norma que la excepción. Veamos esto de manera más específica .

Gráfico nro. V.2  
Mercantilización y Licenciamiento de los lenguajes de



Fuente: Elaboración propia en base a datos del cuadro anterior.

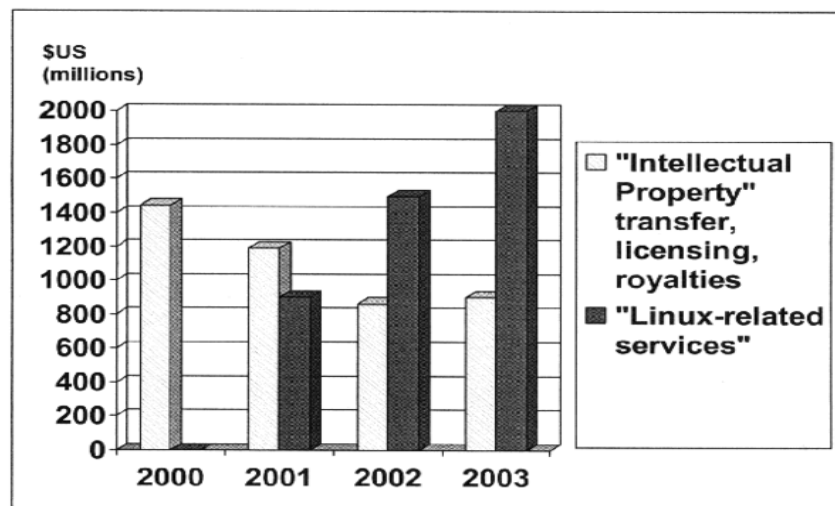
¿Qué es lo llamativo de este cuadro? Que cabría suponer una afinidad entre la mercantilización y el licenciamiento. En el modelo tradicional de la Propiedad Intelectual, o el “modelo Bill Gates”, las mercancías se licencian de manera privativa. En el modelo de la esfera pública no estatal, en cambio, se licencia de manera “libre” y no se producen mercancías. *Pero lo que ocurre aquí con el grueso de los lenguajes de programación no es ni una cosa ni la otra: se licencia de manera pública para producir mercancías.* Los motivos son al menos dos. La “liberación” del código se hace para que el lenguaje en cuestión no se rezague en la guerra de las externalidades de redes –decisiva aquí-. Si se logra estandarizarlo para cierto segmento, luego se venden servicios complementarios. No obstante, el punto clave es, una vez más, contar con la producción impaga de los programadores dispuestos a mejorar el lenguaje, a agregarle valor construyendo aplicaciones sobre él, etc.

Pero dejemos ahora a los lenguajes y veamos esto de manera más general para el SL/CA *par excellence*, Linux

### Linux como mercancía

En el capítulo XI del Volumen II, al discutir la Producción Colaborativa Mixta, estudiamos como IBM se aventuró en el mundo del software libre. Tímidamente, primero y con entusiasmo, después, la poderosa firma configuró un equipo destinado a interactuar con los desarrolladores de las “comunidades” de Linux. En breve obtuvo resultados más que auspiciosos. Invirtiendo US\$ 100 millones en las tareas que las redes de programadores voluntarios más valoraban, logró obtener productos que le depararon ventas por US\$ 1000 millones (Tapscott, y Williams, 2005:130). Aunque no toda la diferencia haya sido ganancia neta, una buena parte sí lo fue. Y, en parte, es claro que estos ingresos fueron alimentados por el esfuerzo de miles de programadores que produjeron conocimientos doblemente libres durante muchos años. Pero, este dato de IBM parece descontextualizado. Yochai Benkler, ideólogo del movimiento del software libre, muestra un cálculo propio mucho más rico.

Gráfico nro.V.3  
Ingresos de IBM por propiedad intelectual y diversos servicios relacionados con Linux  
(En U\$S millones 2000-2003)



Fuente: Benkler, 2006: 47 Gráfico 2.1

En pocos años las ganancias por servicios relacionados con Linux llegaron a ser el doble de las relativas a las licencias y transferencias de propiedad intelectual. La cifra concreta, U\$S 2.000 millones en el lejano 2003, tampoco es despreciable. Pero lo interesante es que esto se haya dado en la empresa número 2 del mundo por sus ingresos derivados del software en la actualidad (Vid. Capítulo VI, gráfico nro. VI.56) y, más aún, en una empresa con una alta vocación por patentar.

Within a span of four years, the Linux-related services category moved from accounting for practically no revenues, to providing double the revenues from all patent-related sources, of the firm that has been the most patent-productive in the United States. (Benkler, 2006:46)

Con todo, no es IBM la empresa que más dinero ha amasado con la venta de servicios relativos a la utilización de Software Libre, sino Hewlett Packard.

Hewlett-Packard Co. (HP) reported Thursday a 40 percent increase in revenue from the sale of servers equipped with the open-source Linux operating system and services to support them. Linux-based revenue at HP increased to more than \$2.5 billion in 2003 from \$2 billion the previous year, a company spokeswoman said. (Blau, 2004)

HP –sexta empresa del mundo por ingresos de software- ya contaba en 2002 con 5.000 empleados entrenados en Linux, sabiendo que los beneficios derivados de la venta de hardware y la asistencia técnica de ese sistema operativo irían en incremento<sup>130</sup>.

No obstante, podría parecer que el fenómeno del aprovechamiento de los conocimientos doblemente libres en el software es un fenómeno restringido a las empresas que venden hardware. Efectivamente, IBM y HP bajan los costos, disminuyen su lock in y aumentan la seguridad aprovechando los flujos de conocimientos impagos de Linux. Pero también utilizan patentes y otras formas de propiedad intelectual sobre activos estratégicos.

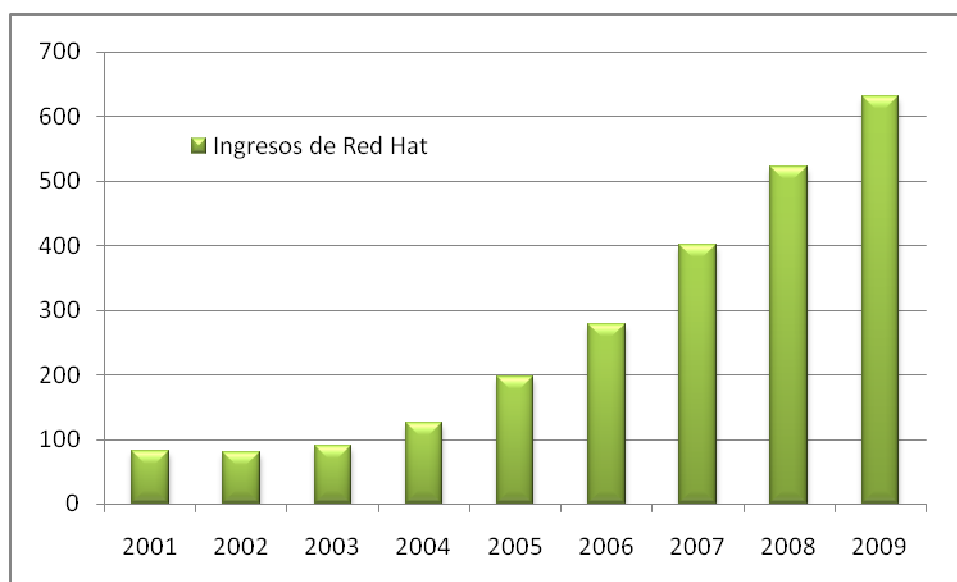
No obstante, las empresas que sólo venden software, y sólo software libre, también han prosperado con esta modalidad.

La más conocida de esas compañías es Red Hat, que realiza su propia distribución de Linux, y se ubica en el mercado empresarial.

Red Hat takes open source software and makes it consumable for enterprises, not offering licensed products, but subscriptions and support. (Software Top 100, 2010<sup>131</sup>)

La fraseología de la empresa es feliz. Red Hat *toma* el código doblemente libre y lo vuelve *consumible* para las empresas. No obtiene ganancias de las licencias, sino de servicios complementarios. El 85% de sus ingresos proviene de las suscripciones por las que brinda asistencia técnica. Como se ve en el gráfico, el crecimiento de la compañía es sostenido y según un ranking (que estudiamos en el capítulo IX del volumen II) es la compañía nro. 59 del mundo por su nivel de ingresos debidos al software.

Gráfico nro.V.4  
Ingresos de Red Hat por venta de distribuciones de Linux y servicios complementarios  
(En U\$S millones, 2001-2009)

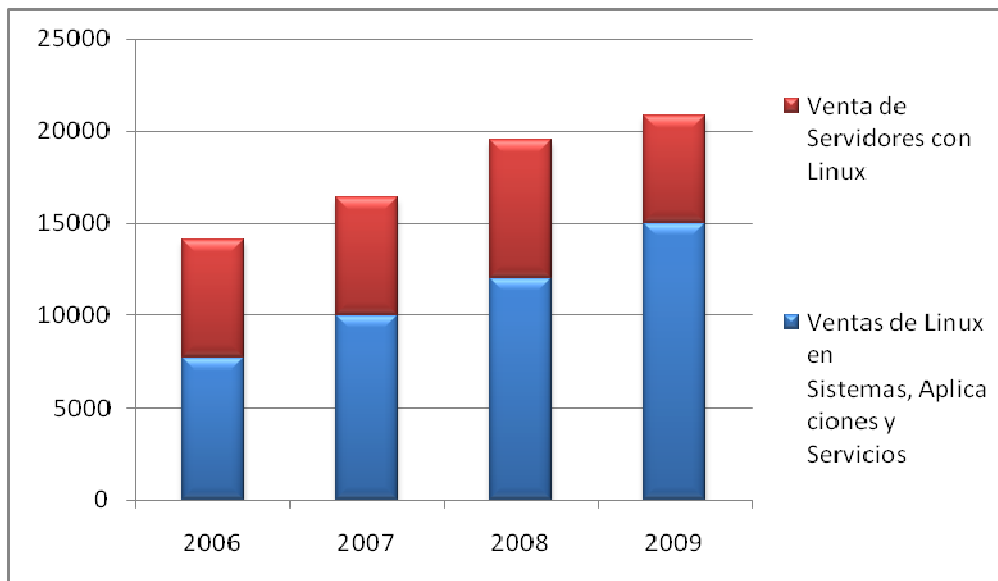


Fuente:Elaboración propia en base a Software Top, 2010<sup>132</sup>.

La empresa ha ido adquiriendo a varias otras compañías dedicadas al software libre (Cygnus, Qumramet, Jboss) y hoy cuenta con oficinas en 65 países y 2800 empleados<sup>133</sup>. En fin, resulta claro que el software libre puede mercantilizarse *per se*, independientemente del hardware.

Pero para terminar con el análisis del SL/CA, dejemos los ejemplos y veamos el total agregado. El crecimiento de las ventas mundiales es enorme y está lejos de haberse detenido por la feroz crisis económica .

Grafico nro.V.5  
Ingresos totales por ventas de sistemas, aplicaciones, servicios y servidores basados en Linux  
(En U\$S millones, a nivel mundial, 2009)



Fuente: Gilen, 2009: 3 Figura 1

Uno de los datos interesantes del gráfico es el de la evolución diferencial de las ventas asociadas a hardware y a los distintos tipos de software. La participación de los servidores se ha ido reduciendo en términos proporcionales e, incluso, en términos absolutos. Mientras tanto, el mercado de sistemas, aplicaciones y servicios ha ido aumentando sin pausa, duplicándose en tan sólo tres años.

En todos estos casos, los flujos de ID doblemente libres se utilizan como herramienta para valorizar distintos tipos de conocimientos: las Tecnologías Digitales en el caso de IBM y HP, y las Técnicas, en el caso de Red Hat. En algunas situaciones, las empresas adquieren herramientas de software específicas basadas en Linux y, en esos casos, también se mercantilizan los flujos de ID, aunque de una manera no propietaria.

Naturalmente, sólo una parte de los números que vimos corresponde a la apropiación impaga por parte de las empresas de los conocimientos doblemente libres. Aunque no sepamos cómo medir esa fracción y aunque sea probable una alta variación en distintas empresas y proyecto, no hay dudas de que el aprovechamiento del código desarrollado por miles de voluntarios juega un rol no despreciable en las ganancias de estas y otras empresas. Algo de cierto hay en el señalamiento de un marxista excesivamente exasperado<sup>134</sup>:

Sin embargo, hoy puede verse que estos desarrollos están siendo utilizados para reducir costos por las mismas empresas a las que el Sr. Stallman cree combatir, tanto es así que hasta la misma Microsoft ha comenzado a utilizar software libre como base para sus productos como forma de proveerse de mano de obra barata, en este caso gratis, y voluntaria basada en algunos programadores confundidos a los que el Sr. Stallman hace creer que trabajan en beneficio de la humanidad. (Vazquez, 2004)

### **El debate por los Contenidos Creados por los Usuarios**

En el mundo de la propiedad intelectual están emergiendo inquietudes sobre un fenómeno novedoso. Se trata de los UCC (User Created Content, OCDE, 2007) o UGC (User Generated Content, Gervais, 2007): los contenidos que creados por los usuarios de las páginas de la web 2.0 –Facebook, MySpace, Flickr, You Tube- como conocimientos doblemente libres<sup>135</sup>. En efecto, sin recibir una retribución económica por su labor, los individuos aportan y comparten música, videos, crónicas periodísticas, y otras formas de contenidos. En particular, nos interesa el caso en el que los aportes van a parar a plataformas gestionadas y capitalizadas

por empresas. ¿Cuál es el status ante el mundo de la propiedad intelectual de esos contenidos?

In the regulatory environment important questions relate to intellectual property rights and UCC: how to define “fair use” and other copyright exceptions, what are the effects of copyright on new sources of creativity, and how does IPR shape the coexistence of market and non-market creation and distribution of content. In addition, there are questions concerning the copyright liability of UCC platforms hosting potentially unauthorized content, and the impacts of digital rights management. (OCDE, 2007:13)

Es decir, en el mundo de los derechos de autor hay varias preguntas para hacerse: algunas son relativas al reconocimiento al esfuerzo, la creatividad, la personalidad y aún la inversión de los productores colaborativos: ¿debe pagarse a estos autores? ¿se reconocen sus derechos morales? ¿qué ocurre en los casos en los que no hay un licenciamiento “doblemente libre”? Otras refieren a los rasgos de los insumos que esos aportantes de contenidos utilizan: ¿se trata de materiales que violan los derechos de autor de *otras* empresas? ¿Constituyen un “fair use”, dado que el usuario no obtiene un beneficio pecuniario? ¿sólo deben aceptarse cuando haya un cierto nivel de remezcla? ¿Las empresas dueñas de las plataformas deben indemnizar a las titulares de los contenidos originarios? En este segundo tipo de preguntas pone el acento un artículo reciente de Daniel Gervais (2009)<sup>136</sup>. Más allá de los innegables méritos teóricos y aún taxonómicos que asisten este trabajo, no podemos evitar un comentario sobre él. Al igual que en los textos de Lawrence Lessig, la intencionalidad política parece estar puesta en favorecer la reutilización por parte de los usuarios de los contenidos bajo copyright. A los autores les interesa particularmente proteger la posibilidad del *mash up*: que nadie impida que se utilice un video de Bush par una parodia, que no se reprima la combinación de fragmentos de distintos temas musicales, etc. No hay nada de malo en ello. El problema radica en que no se preocupan con un énfasis similar por el origen de las ganancias que hacen las empresas de la web 2.0 –tan amigas del lucro como las grandes discográficas o las productoras cinematográficas-. De manera más general, a la hora de celebrar la posibilidad de colaborar de los individuos, de defender el fair use y criticar la avaricia de las multinacionales del copyright, es fácil encontrar decenas de libros excelentes. Pero en el momento de preguntarse por la relación de este fenómeno con la dinámica capitalista, apenas quedan unas pocas oraciones, que se le escurren al lector como arena entre las manos (Vid. por ejemplo, Petersen, 2008; Van Dijk y Nieborg, 2009). Para decirlo con crudeza: es muy bueno celebrar y estimular la circulación de conocimientos doblemente libres, especialmente por parte de quienes han luchado ideológicamente para construir esa libertad en contra de las modalidades privativas más rígidas. Sin embargo, y como en todos los órdenes de la vida, la prolongación excesiva del festejo se vuelve una forma de acallar preguntas que quizás nos hagan perder la sonrisa. Justamente por eso, es que aquí ponemos el énfasis en este punto, esto es, en el primer conjunto de preguntas.

Dejemos las abstracciones y tomemos un ejemplo cercano. Estamos acostumbrados a que las compañías titulares de los derechos de autor de los videos que aparecen en YouTube intimen a la empresa a darlos de baja. Nos parece perfectamente entendible el razonamiento de los estudios de Hollywood, por caso: You Tube gana mucho dinero<sup>137</sup> a través de la atracción de los usuarios hacia su página. Estos acuden con la intención de observar videos. Los titulares de los videos de las películas no reciben compensación, ergo, algo está mal. Incluso a You Tube le parece que esto está mal<sup>138</sup>. Los videos son dados de baja y, aunque nos hubiera gustado verlos, también los usuarios aceptamos la situación sin mayores protestas. Este acostumbramiento es perfectamente lógico. Lo que no es tan lógico es que también estemos habituados a la situación simétricamente inversa, la que se produce en el caso de que los titulares de los derechos no sean grandes corporaciones. En general, nadie se escandaliza porque You Tube no pague a los autores de videos caseros vistos por miles o

millones de personas. Y sin embargo, ambas situaciones son, dejando de lado sutilezas legales, parecidas<sup>139</sup>. La comparación nos muestra que YouTube, al igual que muchos otros Sitios de Redes Sociales, *basan una buena parte de sus negocios en el no reconocimiento de los derechos patrimoniales de los autores*<sup>140</sup>. Lejos de reclamar por el cumplimiento del copyright, estas empresas perfectamente capitalistas basan sus negocios en su violación sistemática. Y lo hacen con el doble rostro de los conocimientos doblemente libres. Promocionan la “libertad” de consumir, la de producir e incluso la de descargar los contenidos. Pero callan la “libertad” de la carencia de reconocimiento monetario a uno de los bastiones de su negocio. Por supuesto, cada caso es específico y, en el de YouTube, la situación se ha vuelto tan evidentemente escandalosa que la empresa dice estar instaurando sistemas para compartir cierta parte de los ingresos por publicidad con los autores<sup>141</sup>.

Pero más allá de las inquietudes de los legisladores, los mismos productores colaborativos se interrogaron reiteradamente sobre esta utilización de los contenidos doblemente libres por parte de las empresas. El ámbito por excelencia en el que florecieron estas discusiones ha sido el de los blogs. Por ejemplo, en un post tan breve e insuficientemente argumentado como influyente Anil Dash reflexionaba sobre Flickr (sitio de intercambio de fotografías, comprado por Yahoo)

But interestingness in Flickr doesn't pay. At least not yet. Non-pro users are seeing ads around my photos, but Yahoo's not sharing the wealth with me, even though I've created a draw. Flickr's plenty open, they're doing the right thing by any measure of the web as we saw it a year ago, or two years ago. Today, though, openness around value exchange is as important as openness around data exchange. So does that mean the right answer for cashing in on my interesting work is to ask for a penny from Yahoo? Or does it mean I should just make an automated script that grabs my interesting photos and posts them to my TypePad blog so that I can put ads on them? (Dash, 2005)

El artículo de Anil Dash disparó una serie de rebotes en numerosos blogs. En la bitácora *37signals* se produjo el intercambio más interesante entre los lectores –de la decena que pudimos rastrear–, con unos 300 comentarios. El post de inicio sencillamente traía las ideas de Dash: ¿No hay algo polémico en un modelo de negocios basado, en última instancia, en los contenidos gratuitos aportados por los usuarios? Las respuestas fueron de diversos tipos. Muchas de ellas giraban alrededor del argumento general: los sitios de la web 2.0 ofrecen al usuario, gratuitamente, una serie de servicios: software, espacio de almacenamiento, etc. El usuario elige libremente utilizarlo y “subir” sus contenidos. Nadie está obligado a hacerlo, ni a proporcionar a las empresas una determinada cantidad de fotos, videos, audios o textos. Los productores colaborativos que participan en estas plataformas, deciden libremente que el saldo entre lo que dan y lo que reciben les resulta positivo, de acuerdo a sus esquemas de preferencias.

The value I get out of Flickr is an nice way to upload photos and share them with people. If the benefit Yahoo gets is revenue, and it keeps the service going, great. (Darren James Harkness en AA.VV., 2005)

A good question is whether or not the cost (what you pay) plus the money gained off your work is greater than the efficiency the software gives you in your life. You're not paying for Yahoo's software, so they make money off what you give them. But they are providing a service. Isn't this how you pay for the service? Flickr, you pay, and they have ads, is the combination worth the benefit of using the software. Overall, an individual choice to use the services. (JohnO en AA.VV., 2005)

Por supuesto, también había muchos lectores que aceptaban las premisas del autor del blog y pensaban en que alguna forma de compensación hacia los autores de los contenidos sería una medida justa<sup>142</sup>. Pero el punto interesante es que varios comentaristas fueron un paso más allá, señalando que, de hecho, el mismo blog 37signals utiliza el procedimiento que se impugna. Los lectores lo consultan, ante todo, por las numerosas opiniones de los otros lectores, y no por la breve sugerencia editorial. De hecho, en este caso específico, el aporte original apenas consistía en un párrafo que resumía el post del blog de Anil Dash. Sin embargo, el blog obtiene ingresos por la publicidad que coloca<sup>143</sup>.

This blog is making money right now off of my response, you are showing ads for 37signals alongside my comments.(Alex Bosworth en AA.VV., 2005)

As for Flickr generating \$\$ off of other peoples' content... Some blogs tend to generate really interesting comments, and quite often the comments (flame fests, whatever) can draw lots of "repeat business." Do the commenters deserve some of the \$\$ generated from the advertising on the site? In other words, if a miracle happens and I become really interesting and folks return here just to see if I've left more comments, do I get some of the money you're getting from Veer? (erat en AA.VV., 2005)

This begs the question... is the content of the blog posts or the comment discussion that follows what draws people here? If it's the latter to any extent, then where is the profit sharing with commenters for any click throughs on 37signals projects to the right? (Doug en AA.VV., 2005)

37signals making a significant amount of profit (it doesn't take much to build a web app, at least not as much as you would think) and I don't see anyone hounding on them. (Don Wilson en AA.VV., 2005)

De este modo, a los pocos días de comenzado, el debate se transformó en una especie de búmeran. No obstante, cuando los comentarios de los usuarios citados y otros con opiniones similares comparaban a Flickr con los blogs, tenían la vocación de defender a empresas como la primera, y no tanto reclamar dinero a los segundos.

En cualquier caso, algún nervio sensible habrá sido tocado por estas inquietudes, relativamente tímidas, por lo demás, porque bien pronto Dash y el resto de los productores colaborativos recibieron una respuesta desde el otro lado del mostrador. Catherina Fake, cofundadora de Flickr, desplegó su argumento en su blog personal.

Anil wrote a post about The Interesting Economy in which he wonders why those whose photos are algorithmically deigned to be "interesting" do not receive any money. But as some commenters note, in any social software system there are systems of value other than, or in addition to, money, that are very important to people: connecting with other people, creating an online identity, expressing oneself -- and not least, garnering other people's attention.

What is more pleasant than the benevolent notice other people take of us, what is more agreeable than their compassionate empathy? What inspires us more than addressing ears flushed with excitement, what captivates us more than exercising our own power of fascination? What is more thrilling than an entire hall of expectant eyes, what more overwhelming than applause surging up to us? What, lastly, equals the enchantment sparked off by the delighted attention we receive from those who profoundly delight ourselves? - Attention by other people is the most irresistible of drugs. To receive it outshines receiving any other kind of income. This is why glory surpasses power and why wealth is overshadowed by prominence. (Fake, 2005)



Son dos párrafos bellos y bien escritos. El segundo, portador de una épica contagiosa, miente de manera razonable y elegante. Como en todo buen discurso ideológico, una verdad a medias desvía las miradas del fenómeno incómodo. En efecto, Fake señala con precisión que los productores colaborativos reciben una compensación extramonetaria en términos de flujos de atención, de las redes de reconocimiento en las que se inserta. Hemos estudiado la enorme importancia que tiene esto en el Capitalismo Informacional en toda la Tercera Sección del Volumen II, por lo que no podemos más que acordar en este punto. El inconveniente emerge de que todo eso que ha de inflar de orgullo el pecho de los usuarios de Flickr no le basta a Fake ni a su empresa: ellos quieren dinero, no sólo fama. Esto es, si el enunciador del argumento fuera Linus Torvalds o algún otro miembro de una red de producción colaborativa sin fines de lucro, aquél podría ser considerado de otro modo. Pero aquí la grandilocuencia y el desprendimiento al que se incita a los usuarios constituyen el negativo de la práctica empresarial. No deja de ser una coincidencia curiosa, que no debe sobreinterpretarse, que Fake sea, desde 2008, miembro del “Board of Directors” de Creative Commons.

Pero el uso de las líneas de programación y de los contenidos de los usuarios no los es todo. Más oscuro y más ruidoso; más confuso y más generoso económicamente es el negocio del manejo de los datos

### **Google y los datos:**

Otra vez, partamos de una pregunta sencilla: ¿cómo gana plata Google? A diferencia de otras firmas que ofrecen “todo gratis”, nadie duda de que Google ha encontrado un modelo de negocios –o varios- sostenible y altamente provechoso. El grueso de los ingresos de Google viene de la venta de publicidad<sup>144</sup>. Pero cuando pensamos en la publicidad de Google no hay que imaginar un cartel en la vía pública, o un anuncio televisivo, sino billones de avisos con dos rasgos muy particulares. Dos rasgos extraños para el capitalismo industrial, pero que posiblemente vayan a ser la moneda corriente del capitalismo informacional.

El primer aspecto a mencionar es que se trata de propaganda altamente personalizada. Más aún, publicidad hecha no sólo para el sujeto en cuestión, sino actualizada a la medida de los flujos de conocimientos peculiares del momento. Más allá de comparar una búsqueda determinada con las anteriores, en el caso de que el usuario utilice Gmail, You Tube, el calendario, Google Docs, Buzz, y otros productos de la empresa, Google tiene una enorme masa de datos para precisar que tipos de consumo convocan al potencial cliente *en un momento determinado*. Sabe perfectamente que poder adquisitivo tiene, si se deja influir por la publicidad on line o no, etc<sup>145</sup>. A esto hay que añadir los datos que Google obtiene por medio de las *cookies*, esto es, los datos que se almacenan en la computadora como producto de la visita a determinadas páginas y a los que Google accede oportunamente. Las cookies de Google duran dos años y se renuevan cada vez que el usuario entra a la página del buscador. Además, la firma de Mountain View ha incrementado sus bases de datos mediante la adquisición de otras empresas especializadas en recopilarlos. Independientemente de la subsunción de YouTube y otros sitios populares, el hecho más sonado fue la compra de *Double Click*.

Double Click es la empresa con mayor experiencia en el espionaje de los hábitos de los usuarios, dado que lleva enviando cookies desde el inicio de la era Internet. Cuando un internauta accede a una página web, se deposita un de esas “galletas” en su ordenador. A partir de ese momento el software AdServer protocoliza la actividad del usuario y manda esta información al servidor AdServer, que a su vez envía a la pantalla del usuario la publicidad adecuada en el momento preciso (Reischl, 2009:56).

La cantidad de datos que Google acumulaba con esta maniobra era tal que la FTC estadounidense inició un proceso antimonopolios en 2007. Sin embargo, en diciembre de ese año la adquisición fue aprobada. En Europa se pusieron algunos reparos y otras empresas como las enemigas de los monopolios Microsoft y Yahoo salieron a despotricar contra Google.

Pero la publicidad del buscador no es la única por la que Google canaliza sus masas de datos. Por ejemplo, los usuarios de Gmail<sup>146</sup> ya nos hemos acostumbrado a que a la derecha de cada correo se nos ofrezca algún producto que guarda una relación estrecha con el contenido del texto enviado o recibido. Google escanea todos los e-mails y acumula información apoyándose, en las “Condiciones de uso”, en dos argumentos. Por un lado, detectar maniobras ilegales, contrarias a las políticas de la empresa, etc<sup>147</sup>. Por otro lado, nuestros datos se recolectan para brindarnos “ un mejor servicio”. Es difícil, cuando no imposible, saber qué connotan esos términos.

We also may collect information about the use of your account, such as how much storage you are using, how often you log in and other information related to your registration and use of Gmail. Information displayed or clicked on in your Gmail account (including UI elements, ads, links, and other information) is also recorded. *We use this information internally to deliver the best possible service to you*, such as improving the Gmail user interface, preventing fraud within our advertising system, and better targeting related information. (Gmail Privacy Policy, 2004<sup>148</sup>)

Por lo pronto, resulta altamente sospechoso que el fin principal para el se escanean los datos, v.gr. colocar publicidad, no aparezca reconocido de manera clara. En ningún lado se explica qué palabras son las que se utilizan ni bajo que procedimientos se nos asesta esa propaganda. Si se silencia lo obvio, ¿qué queda para lo que ignoramos? Estas intromisiones en la esfera privada fueron denunciadas ya en 2004 por el World Privacy Forum y otras treinta organizaciones. El pedido, formulado en una carta pública a Page y Brin<sup>149</sup>, era sencillo: suspender Gmail hasta que se aclarase que datos se recopilaban y qué se hacía con ellos. La iniciativa no tuvo ninguna repercusión importante, salvo modificar la redacción de la “ Política de Privacidad”. En la versión actual puede leerse lo siguiente:

We provide advertisers only aggregated non-personal information such as the number of times one of their ads was clicked. We do not sell, rent or otherwise share your personal information with any third parties except in the limited circumstances described in the Google Privacy Policy, such as when we believe we are required to do so by law. (Gmail Privacy Policy, 2009<sup>150</sup>)

Así que la política de privacidad de Gmail descansa en la de Google y sólo podría compartirse la información con terceros en casos como, por ejemplo (“such as”) que lo pida la ley. De ningún modo se dice *que ese sea el único caso*. Cuando seguimos el link que nos propone la misma empresa, encontramos que hay muchas otras situaciones que pueden hacer que sea “razonablemente necesario” manipular nuestros datos<sup>151</sup>. Más aún, dado que Google almacena nuestros correos, el control sobre su contenido escapa a los usuarios. De hecho, cuando un usuario borra sus emails, la empresa reconoce que puede guardar backups<sup>152</sup>. En fin, no hay dudas de que los datos que se han tomado sin la voluntad expresa de ellos – aunque sin su oposición- son el gran activo de Google.

Los conocimientos sobre el usuario son el verdadero capital de la empresa y la base para futuros proyectos. Google no es un buscador, sino un perfecto instrumento de mercadeo con el que la firma de Mountain View pretende conquistar el mundo de la publicidad (Reischl, 2009:54).

Volvamos, entonces, a la publicidad de Google. El otro rasgo de ella, menos conocido, es que el precio que pagan los anunciantes es también específico para cada anuncio. Surge de un complejo sistema de subastas que opera una discriminación perfecta de precios (a niveles que hubieran emocionado a Pigou). El sistema AdWords, que coloca publicidad arriba y a la derecha en la página de Google establece, para cada palabra buscada, un ranking de las distintas empresas que han hecho ofertas por ellas. Las que obtienen más puntos, en un sistema que combina los intereses del usuario y la cantidad de dinero que ofertó la empresa, logran llegar hasta la vista del usuario (para una descripción detallada, vid. Levy, 2009). Si éste clickea en la publicidad, Google cobra. Naturalmente, la zona de la que proviene el usuario y la palabra en cuestión, entre otras variables, llevan a precios sumamente variados. Por ejemplo, cuando un internauta hace click en un enlace de seguro de vida, Google cobra un promedio de U\$S 4,60 –claro, depende del internauta-. Un enlace a un banco, U\$S 1,94; vuelos de último minuto, U\$S 1,58; reservas hoteleras, U\$S 0,73. “Pet Food” sólo le deja U\$S 0,30, pero “Investment advice”, U\$S 3. Un caso interesante: el “mesotelioma” es una enfermedad cancerígena originada por la exposición a materiales tóxicos de la construcción. La firmas de abogados saben que i) cuando alguien busca esta palabra es muy probable que sea para iniciar un juicio laboral; ii) se trata de un juicio laboral factible de ser ganado; iii) en ese caso el estudio jurídico embolsará cientos de miles de dólares. Consecuentemente, cada clic en un aviso por parte de alguien que buscó “mesotelioma” significa U\$S 90 dólares para Google (Reischl, 2009:88). El lector que guarde rencor a los abogados y no lo tenga con la empresa de Mountain View puede hacer la búsqueda, clickear en la publicidad e iniciar un, por cierto módico, proceso de redistribución del ingreso .

A su vez, el sistema AdSense ofrece una tercerización a los sitios ajenos a Google: la firma coloca los avisos en las páginas en cuestión (blogs, por ejemplo), y los titulares perciben un *porcentaje del ingreso por click* (Cassin, 2008:93). Asimismo, el gran misterio es qué hace Google con esas enormes bases a las que aplica Data Mining. Oficialmente, no las comercializa *per se*, pero es fácil imaginar el tentador potencial que esa información puede tener no sólo para las empresas, sino incluso para los estados nacionales.

En síntesis, la lógica de la apropiación incluyente en Google es sumamente compleja, no obstante lo cual, puede resumirse de un modo muy simple.

El truco de Google es, por sí mismo, muy banal. Consiste en aplicar la máxima “dar y recibir” con un equilibrio que la propia empresa se encarga de administrar. Google ofrece gratuitamente la función de búsqueda, amén de otros programas, y a cambio recoge información sin pedirla realmente. Servicios gratuitos a cambio de tu esfera privada. Te dejan usar una multitud de herramientas sin pagar mientras estás revelando datos que ayudan a un consorcio a aumentar sus ingresos por publicidad y sus beneficios. Lo normal sería desconfiar, pero nadie lo hace de una empresa que regala tantasa y tan prácticas herramientas y servicios y trata a sus empleados como a cualquiera le gustaría que le tratase su jefe (Reischl, 2009:34-5).

Por supuesto, esto no quiere decir que haya que oponerse a Google, ni supone una invitación a dejar de usarlo o la sugerencia de que no cumple con su lema de “Don` t be Evil”. De lo único que se trata es de mostrar cómo funciona una empresa en el capitalismo informacional. Al igual que al trabajador industrial le resultaba conveniente vender su fuerza de trabajo a cambio de un salario –que juzgaba insuficiente sin haber oído hablar de plusvalores ni pluscuamperfectos-, a nosotros, pequeños dividos informacionales, nos resulta conveniente ceder nuestros datos a cambio de todas esas herramientas que nos da Google.

Ahora bien, cuando algún periodista, con todos estos elementos, le pregunta a algún directivo de Google por el manejo de los datos, se encuentra con una respuesta del tipo del

Gran Bonete: “Yo señor, no señor: las redes sociales los tienen”.

Desde el momento en que nos conectamos, dejamos un rastro de datos susceptible de ser utilizado, en mayor o menor medida, por terceros “Escriba un libro sobre Facebook, entonces, y no sobre Google”, me dijo desafiante Esther Dyson, la famosa experta y asesora de empresas TI, también conocida como la primera dama de Internet... “en los sistemas de Facebook hay almacenados datos mucho más interesantes que los que tiene Google”. (Reischl, 2009: 32)

Hay que reconocer que esto, que no libra de responsabilidad a Google, es también cierto. Los sitios de Redes Sociales no sólo lucran con el uso de los Contenidos Creados por los Usuarios, sino también con las gigantescas bases de datos que poseen, con las redes de reconocimiento<sup>153</sup>. Sin embargo, al igual que en el caso de Google, contamos con información insuficiente. Futuras investigaciones y urgentes legislaciones harían bien en ocuparse de considerar estos temas. ¿Deben ser los datos personales (la “huella digital”) considerada *propiedad* de cada usuario? ¿Debe impedirse la mercantilización sin el consentimiento del usuario? Un reciente informe de *The Economist* así lo cree<sup>154</sup>. En cualquier caso, lo que nos interesa marcar es que aquí las empresas que lideran el capitalismo informacional ganan dinero renegando de esta especie de “right of publicity” de los seres ignotos. Al igual que en los casos del SL/CA y los Contenidos Creados por los Usuarios, el no reconocimiento de la propiedad privada individual es lo que explotan esas empresas. Una vez más, los conocimientos doblemente libres: Google y los sitios de redes sociales ganan dinero *negando* sutilmente la propiedad intelectual a flujos de ID que bien podrían tenerla.

Ya es hora de presentar a la modalidad capitalista que hemos sugerido en las últimas páginas de manera algo más sistemática.

### **Presentando a la Apropiación incluyente**

El best seller Wikinomics expresa el ideario de la Apropiación Incluyente sin mayores rodeos:

(En este capítulo) Terminamos con el mito según el cual la producción entre iguales sólo se lleva riqueza de la economía y, por lo tanto, erosiona la capacidad de generar beneficios. A continuación enseñamos como las empresas pueden aprovechar la producción entre iguales en beneficio propio e invertir ganancias empresariales clave. (Tapscott y Williams, 2005:109)

Estos y otros autores (Leadbeater, 2006; Mogensen et al, 2009; Benkler, 2006; el sitio Open Business<sup>155</sup> y aún el gurú Eric Raymond<sup>156</sup>), tienen algo muy importante para decirle a los empresarios del mundo: ¡Basta de tenerle miedo a la producción colaborativa –como modalidad organizacional- y a las licencias “libres” –como forma regulatoria-! ¡Es hora de aprovechar esas masas de conocimiento para mejorar la productividad de las firmas! Al observador ajeno no le queda más remedio que acordar con la descripción de estos exégetas de la doble libertad. Puede ser que haya un fantasma recorriendo Europa o la Web, pero la familia norteamericana de Oscar Wilde sabe más que el *Manifiesto...* de Marx y Engels: son el Fantasma de Canterville o Linux quienes que han de temer a la saludable falta de prejuicios del capitalismo y no al revés.

*La Apropiación Incluyente es una modalidad regulatoria por la cual las empresas capitalistas explotan los Conocimientos Doblemente Libres y la producción colaborativa y los combinan con dosis quirúrgicas de Propiedad Intelectual. Se trata de una modalidad que,*

a diferencia de las privativas, no se basa en la exclusión total. Por el contrario, tiene como sustento el pregón del acceso libre y la conformación de redes sociales. Uno de los aspectos llamativos es el de la mercantilización sin exclusión. En lugar de fundar la ganancia capitalista en cercamientos al acceso, la apropiación incluyente se concentra en aprovechar la producción impaga de conocimientos (los marxistas dirían “trabajo” en vez de conocimientos) de los internautas (y los autonomistas preferirían hablar de las “multitudes”). Ya vimos ejemplos de cómo las empresas aprovechan el carácter impago del software, los contenidos y los datos producidos por los usuarios. A través de las licencias GPL, CC, de acuerdos contractuales específicos –como los de Gmail y similares-, las firmas obtienen cuantiosos flujos de información digital. Esta utilización suele, en mayor o menor medida, tensionar el sentido común respecto de los derechos de autor. Mientras las empresas como Microsoft, las discográficas y otras basan –o basaban- sus negocios en un alto reconocimiento de los derechos de autor, las que recurren a la Apropiación Incluyente explotan el débil ejercicio –por lo general voluntario- de esos derechos. En las antípodas de exaltar el copyright, esta modalidad constituye una violación del espíritu de los derechos de autor, cuando no de la letra.

Mientras en el modelo “privativo” el acento se pone en utilizar regulaciones para aumentar el precio de los *outputs*, en la Apropiación Incluyente se trata de bajar el precio de los *inputs*. Por supuesto, esto se complementa con la gratuidad del *acceso* a los productos de las firmas. En efecto, el tipo ideal de Apropiación Incluyente es el que se da cuando los productores de conocimientos doblemente libres obtienen, a su vez, flujos de información digital de manera impaga. Los programadores de las redes de Linux ven como sus líneas de programación son aprovechadas por IBM, pero pueden usar los módulos que programa la empresa en el proceso de producción colaborativa capitalista (vid. Capítulo XI, volumen II); los internautas dan sus contenidos y contactos a Facebook, pero ingresan a la plataforma sin pagar; los usuarios ceden toda clase de datos a Gmail, pero utilizan las herramientas de Google gratuitamente<sup>157</sup>. No deja de ser llamativo *que el sistema que universalizó el concepto de propiedad, haga punta en un esquema que prescinde en buena medida de él* (cfr. Anderson, 2009; Tapscott y Williams, 2007).

En cualquier caso, los ingresos de las empresas que recurren a esta modalidad surgen de diversas formas de publicidad, de la gestión de las bases de datos y, en última instancia, del aprovechamiento de los flujos de *atención* que concentran (vid. Capítulos XII y XIII, volumen II). Esto es inseparable de otro rasgo idiosincrático de esta modalidad: *la edificación de redes sociales de Reconocimiento*. Los productores de conocimientos doblemente libres son, esencialmente, formadores de redes o para usar el término difundido, de “comunidades virtuales” (Rheingold, 1996). La apropiación incluyente, lejos del individualismo en el que se cimentaba la lógica de los derechos de autor y las patentes en el capitalismo industrial (Vid. Capítulo IV, volumen II), se apoya alegremente en estas “comunidades”. Lejos de desconfiar de la producción colectiva y anónima, la apropiación incluyente se sirve de ella. En efecto, mediante el control de las plataformas para la colaboración, *las firmas dominan las redes de reconocimiento*. Tampoco puede dejar de resaltarse *que el capitalismo, inventor y catalizador de la individualidad y el individualismo, apoye su modelo de negocios más avanzado en la noción de comunidad* (claro, con un poderosa resignificación respecto de la *gemeinschaft* de la sociología clásica). Michael Bauwens resume todo esto en su concepto de “netarchical capitalism”:

The for-profit forces that are building and enabling these new platforms of participation represent a new subclass, which I call the netarchical class. If cognitive capitalism is to be defined by the primacy of intellectual assets over fixed capital industrial assets, and thus on the reliance of an extension of IP rights to establish monopolistic rents, (as the vectoral

capitalists described by Mackenzie Wark derive their power from the control of the media vectors) then these new netarchical capitalists prosper from the enablement and exploitation of the participatory networks. It is significant that Amazon built itself around user reviews, eBay lives on a platform of worldwide distributed auctions, and Google is constituted by user-generated content. However, although these companies may rely on IP rights for the occasional extra buck, it is not in any sense the core of their power. Their power relies on their ownership of the platform. (Bauwens, 2006:17)

Naturalmente, esto se explica por el pasaje del capitalismo industrial al informacional. Específicamente, por los flujos axiológicos y de reconocimiento centrados en las redes y los individuos, por la escasez de atención y la abundancia de información digital, y otros fenómenos que analizamos en la Tercera Sección del Volumen II. En este sentido, *la mercantilización incluyente de los flujos de reconocimiento parece una modalidad mucho mejor ajustada a la dinámica de la presente etapa que la lógica de la exclusión y el individualismo.*

No obstante, la Apropiación Incluyente no descansa *sólo* en los conocimientos doblemente libres. También pone una pata, disimulada todo lo posible, en diversas formas de propiedad intelectual. La diferencia con la modalidad privativa es que aquí no se trata del copyright, sino de otros derechos. Obviamente, las trademarks y los trade secrets son decisivos para todas las empresas. Los flujos de reconocimiento que concentran las empresas de la llamada “web 2.0”, pero también otras, están ligados a marcas y símbolos que no tienen nada de “libres”. Toda clase de secretos industriales son guardados mediante acuerdos específicos, que refuerzan las legislaciones vigentes. A su vez, la protección de bases de datos -que mencionamos en el capítulo III y todavía se halla en proceso de estabilización-, parece destinada a jugar un rol decisivo en el esquema de negocios de los sitios de redes sociales y otras empresas. Pero, incluso, las firmas que propalan la libertad a los cuatro vientos están forradas de patentes. Google es un caso ejemplar. Dejemos las marcas, los acuerdos de privacidad con los empleados, las bases de datos, etc: la empresa contaba en 2008 con unas 2.000 patentes (Resichl, 2008:28). En 1998 lo que hizo Larry Page con su famoso algoritmo de ranqueo de páginas -la Universidad de Stanford, en realidad- no fue ofrecerlo a las comunidades del software libre, sino patentarlo. Un destino similar siguieron los softwares para procesar datos de los usuarios y asociarlos con publicidad específica<sup>158</sup>.

Atendamos aquí a una objeción razonable que quizás nos permita clarificar el argumento. ¿Por qué criticar a la Apropiación Incluyente, si los sujetos que programan, suben sus contenidos u ofrecen sus datos -en menor medida-, lo *hacen de manera voluntaria*? ¿Por qué hablar de *explotación* si no hay obligación alguna? La respuesta es fácil de enunciar. *La elección libre de un sujeto no disuelve la explotación.* Ésta es un fenómeno objetivo en el que, ciertamente, se basan las relaciones sociales capitalistas. La explotación surge de la diferencia entre el valor de los conocimientos que aporta el productor colaborativo y el de los flujos de conocimientos que recibe. Naturalmente, esto no es opuesto al hecho de que los productores colaborativos aceptemos ser explotados de buena gana. Al fin y al cabo, este es el punto, eso es lo que ocurre en otras provincias del capitalismo. Si alguien elige hacer su trabajo de manera completamente libre y voluntaria, aún sin contar con un constreñimiento económico, eso no merma la magnitud de su explotación. Esta emerge de la relación entre los flujos de conocimientos, materias y energía que ofrece a una empresa y la magnitud del pago que recibe.

Todo el tema de la apropiación incluyente radica en mostrar que en estas esferas de la libertad digital ocurre exactamente lo mismo que en el resto de las relaciones capitalistas. Para la gran mayoría de quienes se asoman a estas preguntas ésto es evidente: ellos entienden que

los intercambios en ambas esferas son libres, justos y aún eficientes. Esta es una posición perfectamente coherente y respetable. Sin embargo, nuestro punto resulta polémico e importante para quienes, por el contrario, definen al mundo del trabajo como uno en el cuál la explotación es más la norma que la excepción y que, *a la vez*, caracterizan a los Sitios de Redes Sociales, el SL/CA, etc, como inefable ámbitos de libertad, cooperación y ausencia de explotación. Esta postura, que no es infrecuente en los ámbitos por los que circula esta obra, es muy difícil de sostener, o al menos eso intentamos mostrar en las páginas que dejamos atrás.

Gráfico nro.V.6

Dos modalidades regulatorias capitalistas para los bienes informacionales:  
la Apropiación Incluyente y la modalidad Privativa

<b>Modalidad Privativa</b> (Copyright o Derechos de autor)	<b>Apropiación Incluyente</b> (Conocimientos Doblemente libres + Marcas, secretos industriales y patentes)
Exclusión, Propiedad	Inclusión, Libertad
Combate la tendencia a 0 del precio de los productos	Busca acercar a 0 el precio de los inputs
La ganancia se realiza con la venta o licenciamiento del producto	La ganancia se realiza con la publicidad, la venta de bases de datos, etc.
Ganancia en base a la creación de escasez de los Conocimientos	Ganancia en base a la apropiación impaga de Conocimientos.
Individualización de la autoría	Búsqueda de conformación de Redes (“Comunidades”)
Explotación laboral de los productores de conocimientos.	Explotación extra laboral de los productores de conocimientos.

Fuente: Elaboración propia.

Para cerrar esta presentación de la Apropiación Incluyente hay que volver a insistir en el carácter ambiguo, indeciso y todavía no estabilizado que tienen los conocimientos doblemente libres. Como señala Paula Sibilia:

Quizás este nuevo fenómeno encarne una mezcla inédita y compleja de esas dos vertientes aparentemente contradictorias. Por un lado, la festejada “explosión de la creatividad”(…) Por otro lado, la nueva ola también desató una renovada eficacia en la instrumentalización de esas fuerzas vitales, que son ávidamente capitalizadas al servicio de un mercado que todo lo devora y lo convierte en basura. (Sibilia, 2008: 14)

Aunque ambos aspectos evoquen sentimientos contradictorios, son inescindibles. Las dos libertades que explota la Apropiación Incluyente no pueden separarse como no pueden hacerlo las dos caras del trabajo doblemente libre que descubrió Marx. Así lo entiende Søren Petersen, en un párrafo incipiente e involuntariamente preñado de hegelianismo.

The ground covered here is often described as Web 2.0, social media, participatory media, citizen journalism, user generated content, user driven innovation, and social software. The list is long. Sometimes there are important differences between these terms but not in this article. These terms have in common a certain positive sound to

them, when uttered within a democratic discourse influenced by the Enlightenment. Another list of words could be added, which has a somewhat negative sound to it: exploitation, losers, free labor, and enclosure. These two sets of words are not dichotomous; they are part of what happens online and elsewhere these years, and for the sake of history, always have happened. (Petersen, 2008:2)

Sin embargo, la Apropiación Incluyente no es la única modalidad con la que las empresas capitalistas responden a las dificultades para ejercer los derechos de autor en el terreno de los bienes informacionales primarios. Nos toca, para finalizar el capítulo, describir brevemente otra tendencia que sirve a un idéntico fin: la Computación en la Nube.



### (iii) La Computación en la Nube

Hay una considerable discusión respecto de qué quiere decir “Computación en la Nube”<sup>159</sup> y de si esta es la mejor frase para definir la tendencia que se intenta captar con ella. Por eso, es posible que significado y significante cambien entre la escritura de estas líneas y su llegada a manos del lector. En ese caso, éste sabrá reconocer como los rasgos generales que aquí nos interesa resaltar adoptan otros nombres y otras formas.

La afamada consultora Gartner (hablando de sí misma en tercera persona, como enseñara el más afamado aún Diego Maradona) nos ofrece su definición de la computación en la nube (“cloud computing”)

Gartner defines cloud computing as a style of computing where massively scalable IT-related capabilities are provided “as a service” using Internet technologies to multiple external customers. (Gartner, 2008:2)

La idea es sencilla. La “nube” refiere a una serie de tecnologías (servidores y diversos tipos de computadoras) e informaciones digitales (softwares, pero también datos y contenidos) que tienen su sede en una locación distante de la del usuario. Así, el proceso computacional del que se trata (el almacenamiento o procesamiento de datos, la utilización de un software determinado, etc.) no ocurre en la máquina del cliente, sino en las de la empresa proveedora. Consecuentemente, el cliente recibe los flujos de información digital “*como un servicio*” a través de Internet. Esto incluye tres capas: i) El software como un servicio (SaaS) ii) La plataforma como un servicio (Paas) iii) La infraestructura como un servicio (IaaS).

A medida que el ancho de banda crece y que Internet se vuelve accesible en todos los espacios donde se puede enchufar una tecnología digital, la tendencia a utilizar a la Web como base de los recursos se vuelve tecnológicamente factible.

The net we have grown up with was based around data and software stored quite close to where it is used on personal and mainframe computers. That gave people a sense of ownership and control, exploiting cheap local storage because the bandwidth to download data from remote sources was too expensive and unreliable (Leadbeater, 2010:27)

Aunque aquí nos interesa enfocarla *desde un punto de vista normativo*, la lógica del Cloud Computing va mucho más allá de él. De hecho, se trata de toda una concepción de la arquitectura del hardware y el software. Consecuentemente, puede tener un enorme impacto en el diseño mismo de los artefactos que utilizamos habitualmente (Armbrust et al, 2009). Si se puede acceder a todos los recursos por Internet, no son necesarias complejas PC’s, sino terminales baratas que apenas den acceso a la red al encenderse. El almacenamiento y procesamiento de los datos, las aplicaciones de software e incluso el sistema operativo funcionarían a través de la nube (Zittrain, 2009). Descripta de esta forma, quizás parezca que nos referimos a alguna tendencia incipiente y que sólo podría cobrar fuerza en un futuro distante. Sin embargo, estamos más rodeados de la “Computación en la Nube” de lo que podría parecer. Todos los servicios de e-mail con base en la web, como el mentado Gmail, no se tratan de otra cosa: el usuario utiliza el software y la capacidad de almacenamiento de los servidores de Google. Más aún, Google se posiciona como “la” empresa de la Computación en la nube. Servicios como Google Docs, Google Apps, y el sistema operativo que la empresa lanzará en 2010, Google Chrome, la colocan en una posición aventajada. Pero también los sitios de redes sociales como Facebook y MySpace funcionan puramente en la nube. Asimismo, otro camino por el que la Cloud Computing se va filtrando en nuestra experiencia cotidiana es el que abren las Netbooks. Estas máquinas, que conforman el segmento de más rápido crecimiento del mercado de computadoras, llevan estampado en su nombre el concepto

central: son artefactos pensados para conectarse a la red y para no mucho más que eso. Finalmente, los teléfonos celulares, que ya funcionan con aplicaciones en la nube, ofrecen un terreno fértil para la extensión de esta modalidad. Miles de millones de usuarios de telefonía celular no pueden pagar por un iPhone, pero sí por una terminal sencilla que use el poder computacional de la “nube”. En este sentido, inventos del tipo de los de Byung-Gon Chun parecen condenados al éxito.

CloneCloud, invented by Chun and his colleague Petros Maniatis, uses a smart phone's high-speed connection to the Internet to communicate with a copy of itself that lives in a cloud-computing environment on remote servers. The prototype runs on Google's Android mobile operating system and seamlessly offloads processor-intensive tasks to its cloud-based double.(Mims, 2009)

Pongámosle algunos números a esta tendencia. En el lejano 2008, el 69% de los norteamericanos que usaban Internet hacía uso de al menos una forma de computación en la nube y el 40% lo hacía con al menos dos (Garrison, 2008:1). Para el grupo etario de 18 a 29 años esos porcentajes subían a un 87% y 59%, respectivamente (Garrison, 2008:5). El gráfico que sigue muestra como esta tendencia se desagrega entre distintos tipos de usos.

Gráfico nro. V.7  
Utilización de Computación en la Nube  
(Respuestas múltiples, EE.UU, 2008)

Uso de Computación en la nube	Porcentaje entre los usuarios de
Uso de webmail (Hotmail, Gmail, Yahoo!)	56%
Almacenar fotos personales online	34%
Uso de aplicaciones online (como Google Docs o Adobe Photoshop Express)	29%
Almacenar videos personales online	7%
Pagar para almacenar archivos online	5%
Backup del disco rígido online	5%

Fuente: Garrison, 2008.

Naturalmente, no se trata sólo de una tendencia para los particulares, sino de una que gana presencia en el mundo empresarial. ¿Para qué tener problemas con las licencias del software, con el funcionamiento del hardware o con la administración de los datos, si todo eso puede tenerse por fuera de las firmas? Como señala un periodista:

Our website lives on a server at our hosting company, a local firm called Modwest. Our sales management system is on computers owned by Salesforce.com. We have subscriber and survey data on machines run by Survey Monkey. And yes, we use Google, for search and for analytics and for document sharing, among other things. I could go on. This is all good from our standpoint; we have no desire to buy and maintain lots of computers and software. If we can let someone else worry about the basic technology, we can focus on the publishing. (Weber, 2008)

De hecho, el gigantesco archivo del New York Times, al que hemos recurrido reiteradamente en esta tesis, está almacenado en la “nube” de Amazon EC2 (Leadbeater, 2010:27). Evidentemente, las economías de escala que suponen las “granjas de servidores” se trasladan

en la cadena de valor, bajando los costos de los clientes corporativos.

The potential benefits are already becoming evident to some leading global companies. Bechtel, the Swiss engineering firm, for example, estimates data storage costs could fall from \$3.75 per gigabyte per month under its proprietary system to \$0.15 per month with an external provider such as Amazon. Bechtel estimates its computing costs should fall by more than 30 per cent just in the first limited phase of its shift towards cloud computing. (Leadbeater, 2010:29)

La Computación en la Nube saca ventaja no sólo de la especialización, sino de la obsolescencia misma del software, las plataformas, y claro, del hardware. Para una empresa pequeña, o aún una grande situada lejos de los centros de innovación mundial, mantener condiciones competitivas en todos esos terrenos puede resultar extremadamente difícil. En cambio, pagar sólo en la medida que usa determinados servicios puede mejorar su productividad notablemente.

Ahora bien, hay dos distinciones que conviene introducir para precisar el objeto de nuestro interés. La primera es que la Computación en la Nube puede funcionar *al interior* de una misma empresa o entre dos unidades productivas diversas. Basta con que los servidores estén distantes *para que el principio tecnológico se cumpla*. Sin embargo, aquí nos interesa la segunda circunstancia, aquella en la que *una compañía provee a otra, a usuarios particulares o al estado del acceso a los servicios en cuestión*<sup>160</sup>.

La otra distinción es respecto del carácter (monetariamente) pago o no del acceso a la nube. Algunas, como (parte de) las de Google y los Sitios de Redes Sociales son gratuitas. Ya sabemos que esto se sostiene porque funcionan basadas en la Apropiación Incluyente. Los usuarios “pagan” con sus conocimientos doblemente libres y con los flujos de atención que prestan. Esta es una aclaración importante, entonces. La modalidad gratuita de la computación en la nube coincide con la Apropiación Incluyente. En ese caso, la “cloud computing” actúa como soporte tecnológico, pero no ofrece rasgos regulatorios novedosos, con respecto a lo visto páginas atrás. Por el contrario, la otra forma de la Computación en la nube, aquella en la que los usuarios pagan en dinero contante y sonante por el acceso a los flujos de ID, es la que representa una novedad regulatoria sumamente interesante. Amazon, Google y Microsoft, entre otras, tienen enormes granjas de servidores, en los que hacen descansar las aplicaciones, las plataformas y las infraestructuras que proveen *como servicios pagos, sobre todo a otras empresas* (Watson, 2009).

The reservoirs will be vast energy-efficient data centres – 7,000 of them in the US to date. Google has two million servers running around the world. Yahoo! is busy building server farms and Microsoft is adding up to 35,000 servers a month in places like its data centre outside Chicago, which covers 500,000 square feet at a cost of \$500 million and will hold 400,000 servers. Sitting on top of these will be more pooled applications, like the apps used on the iPhone. The software company Salesforce.com has a cloud of 300 free software programs and 500 that can be bought per unit of usage. (Leadbeater, 2010:28-29)

Este último ejemplo, el de Salesforce.com, muestra de manera clara una tendencia extendida: un esquema de negocios que combina fragmentos gratuitos y otros pagos en la misma “nube”. Desde nuestra perspectiva, el tipo ideal de Computación en la Nube *como estructura regulatoria específica* emerge allí donde la empresa proveedora obtiene el núcleo de sus ingresos del cobro directo a los usuarios. ¿De qué tamaño económico es esta porción de la computación en la nube? Según la consultora Gartner, para 2009 sus ingresos fueron de

U\$S 56.300 millones, representando un incremento del 21,3% respecto de 2008. Las prospectivas de la misma consultora estiman que el mercado llegue a los U\$S 150.100 millones en 2013 (Gain, 2010: 1-2)

No obstante, en términos empíricos, la combinación en grados variables con la Apropiación Incluyente es la regla y no la excepción. De hecho, uno de los grandes fantasmas que recorren la red, (y al que parece razonable temerle), es el de que Google, Facebook y otros gigantes, *viren de una modalidad hacia otra*. Una vez producido un enorme *lock in* (Varian y Shapiro, 2000) de las redes de individuos; atrapados sus datos, sus fotos, sus perfiles; acostumbrados ellos a determinadas plataformas e interfaces, *se podría empezar a cobrar, a través de los proveedores de Internet, pequeñas sumas de dinero por utilizar los servicios que se venían ofreciendo de manera gratuita*. En efecto, la Apropiación Incluyente puede tener límites como modalidad de negocios: no todas las empresas pueden ser rentables vendiendo publicidad, y unas pocas pueden manejar lucrativamente el comercio con los datos. Para el resto, parece factible que se produzca un giro, quizás parcial, hacia nubes cerradas y pagas. Imaginemos la situación de una firma que, con un Sitio de Redes Sociales, ha captado una gran cantidad de usuarios y que, consecuentemente, controla importantes redes de reconocimiento. A su vez, cuenta con ingentes masas de contenidos creados por los usuarios como Conocimientos Doblemente Libres y con toda clase de datos sobre esos usuarios y sus hábitos de consumo. Sin embargo, supongamos, sin que para esto haga falta mucho vuelo inventivo, que la empresa en cuestión no consigue encontrar un modelo de negocios sustentable mediante la Apropiación Incluyente. En este caso, el cobro de pequeñas cantidades por el servicio parece una alternativa perfectamente viable en un futuro cercano. Se obtienen ingresos por la masividad, sin imponer una carga pesada a los internautas y, a su vez, se retiene el control absoluto de los programas, plataformas, datos y contenidos. Con todo, este viraje hacia “nubes pagas” tiene sus riesgos. Dejemos de lado los de índole tecnológica, relativos a las transferencias, las negociaciones con los ISP, que no son menores (todo el debate sobre la “Net Neutrality” habla de esto). El riesgo más evidente es el de que los productores de conocimientos, si pagan, no acepten ofrecer sus contenidos, datos y demás tan dócilmente como hasta ahora. Pequeñas olas de opiniones desfavorables en este sentido pueden tirar abajo gigantescas redes de reconocimiento. Todo lo sólido se desvanece en el aire, y más en la Web.

Otro riesgo, no ya para una empresa en particular, sino para el funcionamiento eficiente del capitalismo informacional en general, es el de la concentración monopólica. Si las ganancias por las economías de escala y las externalidades de redes cobran importancia – como lo están haciendo-, es posible que, de manera directa o indirecta, una buena porción de las empresas de los rubros más diversos dependan de Google (Zittrain, 2009). El peligro del monopolio en la Computación en la Nube es mayor que en los sistemas operativos, dice Johnatan Zittrain. En efecto, aquí no se trata de un solo componente de las tecnologías digitales, *sino de todos*. No es el problema de que Microsoft tenga el control del sistema operativo y algunas aplicaciones clave asociadas –navegadores, paquetes de oficina- ; es el desafío mucho mayor de que Google –u otra empresa que en el futuro asuma el liderazgo- controle toda la publicidad, los datos, los contenidos, el software, el hardware, e incluso el nivel de la infraestructura. Todo indica que pronto veremos opiniones y normativas que vengán a terciar en estos aspectos controversiales de la futura evolución de la Computación en la Nube.

Ahora bien ¿en dónde está la novedad o la importancia de esta modalidad? ¿Por qué distinguirla de las otras que ya conocemos? *La clave radica en que la Computación en la Nube es la forma más eficaz de lograr el enforcement de la Propiedad Intelectual y, particularmente, del copyright*. Allí donde todas las formas de lucha contra la ontología replicable de la ID han sucumbido, allí donde los dispositivos DRM vienen fracasando

estrepitosamente, allí donde las leyes penales no logran azuzar a los individuos que violan alegremente las normas de derechos de autor, allí es donde la Computación en la Nube viene a proveer de una solución extrema y, aparentemente, eficaz al Capitalismo Informacional. Si no se puede evitar, por ejemplo, que el software se copie, *es cuestión de evitar entregarlo*. Sencillamente, se lo provee “como servicio”, y no como bien<sup>161</sup>.

Por supuesto, esta modalidad es perfectamente extensible a los otros bienes informacionales. Ya se provee de imágenes, audios y textos de este modo. De hecho, se advierte enseguida que se amolda bien al espíritu contrario a la posesión de propiedad a largo plazo. Vimos como las empresas contrataban mediante *leasing* distintos bienes. ¿Por qué no colocar al software, a las plataformas de programación y al hardware en esa categoría? Así, ni siquiera es cuestión de que un proveedor renueve las computadoras cada cierto tiempo. Esto suponía engorrosos procedimientos físicos y enojosas adaptaciones de los empleados. Al capitalista informacional le resulta mucho más satisfactorio que las actualizaciones se hagan en la nube. Si hay que cambiar de servidores, que lo haga Amazon; si hay que actualizar el software, que lo haga Google. Estas firmas, con enormes economías de escala, probablemente le ofrecerán precios mucho más competitivos que los de un proveedor local de hardware. Si esas empresas colosales no lo hacen bien, será cuestión de buscar otras, si es que las hay.

Cuánto más limitados se vuelvan los artefactos digitales utilizados como receptores de Internet, más difícil será que la Computación en la Nube sea jaqueada o, mejor, hackeada. Sin embargo, los rasgos materiales del conocimiento - en este caso, la replicabilidad de la Información Digital-, no se anulan. Esta modalidad parece tener, hasta cierto punto, potencial para mandar a las propiedades de los bits a hibernar, pero no para apagarlas. El hecho de que sea la mejor versión del enforcement tecnológico no asegura que sea inexpugnable.

Si bien todas las tendencias que hemos descrito en este capítulo están poco estabilizadas, ésta es la menos clara de ellas. La versión paga de la Computación en la Nube, esto es, la modalidad regulatoria que nos interesa, apenas se está asomando a la masividad. La falta de elementos con los que contamos –posiblemente por la falta de exhaustividad de nuestras indagaciones- y su enorme impacto potencial han resultado en el precario equilibrio de esta breve presentación. Sin dudas, esta es un área en la que futuras investigaciones podrán venir a remediar las limitaciones de esta escueta introducción al problema.

## Resumen y Conclusiones de la Tercera Sección

Repasemos algo de lo visto hasta aquí. La llegada del Capitalismo Informacional se da junto con una serie de expansiones en los diversos derechos exclusivos sobre el conocimiento, que, además, se reúnen alrededor de la expresión propiedad intelectual. Especialmente, los derechos de autor y el copyright avanzan con paso firme hasta, por ejemplo, abarcar a los programas de computación y toda forma de información digital. Sin embargo, el *enforcement* de las legislaciones de copyright se torna dificultosa. La ontología replicable de la información digital, los procesos productivos de tecnologías digitales asociados a la Ley de Moore, los valores y el reconocimiento favorables a las redes, entre otros flujos de conocimientos que caracterizan a la configuración material cognitiva de la etapa, imponen límites al ejercicio de la voluntad excluyente de las empresas. *Así, las extremidades excluyentes con las que las firmas amanecen al Capitalismo Informacional dificultan su andar y éstas requieren, más pronto que tarde, de prótesis inclusivas, al menos en su apariencia.* De esos implantes complementarios se ocupó este capítulo. Los dividimos en tres temas que, sin embargo, se hallan íntimamente emparentados.

En primer lugar describimos dos regulaciones<sup>162</sup> recientes que buscan engrandecer la esfera pública<sup>163</sup> de los bienes informacionales primarios. La primera de ellas es la del Software libre y las licencias GPL; la segunda, la de las licencias Creative Commons. Mientras las primeras tienen por objeto a los programas de computadoras, las segundas se concentran en los otros bienes informacionales (textos, música, imágenes). Hay que insistir en que en ambos casos se trata de regulaciones que funcionan *al interior del mundo legal de los derechos de autor*. Salvando las diferencias entre ambos tipos de licencias, que las hay, es claro que en conjunto producen un resultado notable: *engrandecen la esfera pública no estatal de conocimientos*. Y no lo hacen en una región marginal, sino en zonas críticas para el funcionamiento del capitalismo informacional. Esto fue visto por los titulares de derechos de autor como una amenaza, módica pero cierta, a las relaciones sociales de producción capitalistas. De la armonización de estas regulaciones con la “Producción Colaborativa” como forma de organizar los procesos productivos, parecían emerger los acordes de fenecidas melodías comunistas. Empresarios de derecha y filósofos de izquierda así lo creyeron, aunque el espíritu de estas nuevas modalidades era y es indudablemente liberal. En cualquier caso, es tan cierto que hay un crecimiento masivo de esa esfera abierta y no gubernamental de información digital como que esa esfera conserva un potencial grado de amenaza para algunos segmentos capitalistas. Sin embargo, este es el punto, esa no es la única esfera que propician estas regulaciones. Esta extremidad adicional no es la única pata que implantan las licencias GPL, CC y similares en las regulaciones capitalistas. La moneda de las regulaciones “libres” tiene otra cara, a la que se accede a través de la noción de los Conocimientos Doblemente Libres. En efecto, tratamos de mostrar –invocando un paralelismo con el trabajo doblemente libre marxiano– que junto con todas las libertades vociferadas (de acceder, de compartir, de copiar, de modificar) había otra libertad silente: la de no remunerar a los productores de conocimientos. El carácter *doblemente* libre de los conocimientos no tiene mayor importancia mientras nos movemos en la esfera pública no estatal, esto es, cuando la producción impaga es utilizada con fines no mercantiles. Pero cuando ella es capturada por las empresas, cuando pasamos a una esfera capitalista, se vuelve la base de una nueva modalidad regulatoria: la Apropiación Incluyente.

En segundo lugar, entonces, nos ocupamos de lo que provisoriamente denominamos Apropiación Incluyente. El mayor objetivo de este capítulo ha sido aportar elementos para contornear esta modalidad. Organizamos el argumento alrededor de tres niveles en los que ella se produce: respecto del software, de los contenidos y de los datos. En este sentido, partimos de rediscutir la relación entre el software libre o de código abierto y el capitalismo.

Tal relación, tenida por enemistad, parece haberse ido trocando en un noviazgo promisorio. Vimos como, en el terreno de los lenguajes de programación, la norma son aquéllos desarrollados por empresas, pero con licencias “libres”. No obstante, el grueso el amor se expresa de modo inconfundible alrededor de Linux, nave insignia del SL/CA. Estudiamos como poderosas empresas como IBM, HP y Red Hat aprovechan el trabajo impago de los desarrolladores de este sistema operativo para vender - aunque parezca un oxímoron-, mercancías libres. Luego, analizamos el tema de los Contenidos Creados por los Usuarios. Tomamos el ejemplo de un debate alrededor de Flickr y los blogs para amplificar la inquietud de algunos internautas: si las empresas ganan dinero con publicidad que se basa en las fotos, videos, música, o comentarios de los usuarios ¿no debería compensarse a estos últimos, titulares legítimos de derechos de autor? Vimos que la pregunta, lejos de ser descabellada, ha generado respuestas afirmativas incluso entre algunas de las empresas. Finalmente, analizamos la relación entre esta modalidad y los datos de los usuarios. Tomamos el ejemplo de Google y tratamos de mostrar como la firma de Mountain View saltea no ya los derechos de autor, sino el derecho a la privacidad, haciendo, quizás, una interpretación exageradamente libre de la noción de libertad.

En síntesis, la Apropiación Incluyente combina el aprovechamiento mercantil de los conocimientos doblemente libres con cantidades discretas y, dentro de lo posible disimuladas, de propiedad intelectual. Lejos de temerle a la producción colaborativa, a las licencias libres y a los valores que rodean estas formas de organizar y licenciar la producción, las empresas encuentran un modo de aprovecharlas. Contrariamente a la modalidad privativa, basada en el ejercicio del copyright de manera *excluyente*, la Apropiación Incluyente busca, de ahí su nombre, *incluir* a los individuos. Incluirlos sin que nada deban pagar por el acceso (y sin que nada se les pague). Incluirlos como miembros de redes de reconocimiento –cuyas plataformas controlan las firmas-, como productores de software o contenidos –que las empresas usualmente no retribuyen-, como proveedores de datos –que éstas mercantilizan- y como oferentes de flujos de Atención –que son captados por las publicidades-. Aprovechando la filosofía de la libertad y la colaboración que acompaña al lado luminoso de los conocimientos doblemente libres, firmas como Facebook, Google, Flickr, MySpace y muchas otras, esquivan sutilmente los derechos patrimoniales de los titulares de software, contenidos o datos. Lejos del estilo de Microsoft o las grandes discográficas, las empresas de la llamada “web 2.0” no se preocupan por el enforcement del copyright de los *outputs*: pretenden *eliminar de facto el de los inputs*. La ganancia no surge de la venta o el licenciamiento del producto, sino de la publicidad altamente específica y la venta de datos. A su vez, la Apropiación Incluyente no se apoya –sólo- en la explotación laboral de sus empleados, sino en la explotación del tiempo extralaboral de los productores colaborativos que ofrecen sus flujos de información digital y atención.

El hecho de que una modalidad estrictamente capitalista se base en promover valores comunitarios e incluso en discursos críticos de la exclusión propietaria debería resultar tan sorprendente en un primer momento como necesario en una segunda instancia. El lector que recuerde los elementos de la configuración material cognitiva del Capitalismo Informacional que estudiamos en la Tercera Sección del Volumen II encontrará que estos se ajustan mucho mejor a la lógica de la Apropiación Incluyente que a los esquemas de la exclusión, más acordes a una era de individuos, propiedades, férrea división entre el trabajo y el ocio, etc.

En tercer lugar, realizamos una breve visita a una modalidad en construcción: se trata de la llamada Computación en la Nube y, particularmente, de su versión paga. Así, nos asomamos a una forma de proveer hardware, software, plataformas, almacenamiento y contenidos “*como un servicio*”. Aunque en la práctica se presenta combinada con la Apropiación Incluyente, la “cloud coputing” actúa con una lógica inversa. Pese a que discursivamente sea afín a la circulación libre de los conocimientos, en la práctica se basa en

una arquitectura tecnológica que brinda a las empresas el máximo control sobre los flujos de información digital. Si la Apropiación Incluyente parecía decir “no podemos vencer a la replicabilidad de la ID, aprovechémonos de ella”, la Computación en la Nube sugiere “si no podemos evitar la copia, no cedamos bienes: cobremos por el acceso a servicios”. En ese sentido, esta modalidad se presenta como la gran esperanza para lograr el cumplimiento del copyright. Sin embargo, su estabilización está lejos de haberse logrado y presenta riesgos considerables para el desarrollo de las fuerzas productivas en el capitalismo informacional. La posibilidad de que un oligopolio controle el grueso de los flujos de ID del planeta entero no es el menor de ellos.

Insistamos en que estas modalidades regulatorias no son opuestas a la propiedad intelectual. Aunque las tres formas *complementan* a la PI, se basan inefablemente en una u otra forma de ella. Los conocimientos doblemente libres que son el pilar de las dos primeras, parten de afirmar el copyright, aunque en un sentido particular. En el caso de la Apropiación Incluyente se añade la utilización de otros derechos, como las trademarks, los secretos industriales y las patentes. En la Computación en la Nube –en su forma paga, claro-, toda la modalidad se basa en una arquitectura tecnológica que permita el *enforcement* de los derechos de autor o copyright.

En fin, el juego entre una esfera pública no estatal, la apropiación incluyente y la computación en la nube está completamente abierto y en diálogo con las modalidades estrictamente privativas de la propiedad intelectual. En cualquier caso, si en un área de esta tesis se necesitan investigaciones más profundas, es en la que hemos intentado examinar en este capítulo. Particularmente, reflexionar sobre la utilización mercantil de los Conocimientos Doblemente Libres y, eventualmente, actuar sobre ella, parece una tarea relevante. Con esto llegamos no sólo al fin de este capítulo, sino al de toda esta obra. Es hora de presentar las conclusiones de la totalidad de este trabajo.



# **Conclusiones Generales**

## **Agregar un punto sobre los conocimientos codificados**

Cap IV del formato tesis: Esta descripción basta para empezar a sugerir una de las hipótesis centrales de este trabajo, que tomará forma varios capítulos más adelante: *que la relación entre los conocimientos codificados y los procesos productivos constituye uno de los indicadores más notables para caracterizar un período del capitalismo.*

Cap V viejo: pag 174.: *Desde la óptica de nuestro marco teórico, el contrato de trabajo capitalista tiene como principal función permitirle al capital apropiarse del resultado de la puesta en movimiento de esos conocimientos de soporte subjetivo.*

Cap V viejo pag 188:

Ciertamente, el análisis de su difusión que presentamos muestra que la máquina de vapor se diseminó con un tempo infinitamente menor al que las narraciones clásicas de la revolución industrial le adjudican. ¿Cuál es la importancia de esta reflexión para nuestra tesis? *Que, como veremos a la hora de analizar la difusión y el impacto económico de las tecnologías digitales en el capitalismo informacional, ésta fue muchísimo más importante y veloz que la de las tecnologías de la energía en el capitalismo industrial.*

## **I**

Llegados al final de nuestro recorrido, hemos de responder a la expectativa natural de todo lector de conclusiones, especialmente del que transita por las de una obra extensa como esta: la de encontrar el resumen de lo que se ha hecho, una apretada recapitulación de los puntos más importantes de la investigación que termina. Desafortunadamente, no podemos complacer aquí tan lógica pretensión. Si lo que se busca es una síntesis máxima, ésta puede encontrarse leyendo los nueve resúmenes de sección distribuidos en los tres volúmenes. No tiene sentido repetirlos aquí con algunas palabras cambiadas, con algún énfasis añadido. Tales resúmenes de representan el máximo grado de simplificación que podemos ofrecer, e incluso es posible que tal nivel sea excesivo. Esto es especialmente válido en relación a los capítulos históricos. ¿Hay alguna causa teórica para esta negativa, que puede parecer un capricho? Sí, la hay. Así como una célula no puede descomponerse más allá de cierto punto sin perder sus propiedades distintivas, lo mismo ocurre con una configuración material cognitiva: no debería resumirse apuntando lo que ocurre con uno o dos de los tipos de conocimientos más relevantes. Esto nos llevaría, en el mejor de los casos, a dar a lo *novedoso* de cada período el lugar de lo *importante*. Efectivamente, algún que otro tipo de conocimiento puede tener rasgos especialmente llamativos u originales en un período dado, pero lo decisivo en nuestra perspectiva es analizar la *totalidad*, la configuración material cognitiva del período.

El error de la sinécdoque conceptual, sin embargo, es una constante en muchos trabajos. Por ejemplo, en aquellos que definen al capitalismo industrial como el período de las máquinas (de la materia/energía). Asociar al industrialismo con tales tecnologías no tiene nada de errado, y sin dudas, la llegada masiva de la máquina constituyó una profunda novedad de tal período. Sin embargo, no se puede comprender este flujo de ciertos tipos de conocimientos si no es en relación con otros: con las regulaciones propietarias, con el individuo, la sociedad, la división entre lo instrumental y lo consumatorio, etc. Lo mismo ocurre con el Capitalismo Informacional. Debemos evitar, allí donde sea posible, definirlo en unas pocas líneas. Ceder a ese afán simplificador ha sido un error tan lamentable como constante de nuestros propios trabajos previos. Puestos a exponer en decenas de ponencias qué era el capitalismo informacional en diez o quince minutos, o a la hora de explicarlo por escrito en artículos de revistas y libros que no debían superar las veinte páginas, lo hemos asociado excesivamente a los rasgos de los bienes informacionales. A algunos docentes, colegas y alumnos esta simplificación les ha resultado satisfactoria, a otros no, pero eso

carece de importancia. Lo relevante es que en esta obra hemos intentado llevar tan lejos como nos ha sido posible la idea de que tanto nuestro marco teórico como las configuraciones que con él se analizan han de tratarse como *totalidades complejas*<sup>164</sup>. Consecuentemente, no es posible formarse una opinión de este trabajo partiendo de leer sus conclusiones. Dicho esto podemos presentar algún balance del camino que hemos transitado.

## II

Ese balance habría de empezar por la interrogación relativa al grado en qué hemos podido cumplir los objetivos que nos fijamos al inicio de esta investigación. ¿Presentamos un marco teórico para pensar al conocimiento en los procesos productivos? ¿Ofrecimos una caracterización de la presente etapa del capitalismo, el Capitalismo Informacional? ¿Narramos una historia de las regulaciones del Acceso al conocimiento y, específicamente, de lo que se conoce como Propiedad Intelectual? En caso afirmativo ¿lo hemos hecho mostrando la estrecha vinculación entre esos tres objetivos? Esto es: ¿nos basamos en las herramientas que propusimos en el primer volumen para dar cuenta de la relación entre las etapas del capitalismo, los flujos de conocimiento y, particularmente, sus diversas regulaciones? Naturalmente, esto ha de juzgarlo el lector, y no nosotros. No esperamos nada parecido a un “sí” rotundo. Nos contentaríamos bastante con recibir varios “Sí, pero...” dubitativos. Esos “peros” apuntarán, posiblemente, al tendal de incompletudes e interrogantes irresueltos que hemos prohijado. Amplia ha sido la tarea que nos propusimos y amplia es la cantidad de cabos sueltos que hemos dejado. Contrariamente a otras perspectivas epistemológicas, no creemos que eso sea un defecto en sí mismo. La clave antes esas tareas pendientes (ante esas referencias que no hemos citado, ante las discusiones que hemos evadido, ante los datos que no hemos encontrado) es: ¿pueden ser abordadas en otros trabajos complementarios? ¿puede este trabajo corregirse? ¿O, por el contrario, nuestra propuesta contiene una limitación inherente tal que esta tesis es más su techo que su piso? Nuevamente, no somos nosotros quienes hemos de dar la respuesta. A continuación exponemos algunas reflexiones que sin desprenderse de los resúmenes de cada sección, surgen de la totalidad de la tesis.

## III

Nuestro primer objetivo, desplegado de manera evidente pero abstracta en la primera sección (y algo más concreta en las dos restantes) ha sido la presentación de un conjunto de herramientas teóricas que reunimos bajo la denominación de Materialismo Cognitivo. Ese marco teórico ha tenido por finalidad, se dijo, dar cuenta de la relación entre los flujos de distintas clases de conocimientos y las diversas etapas del capitalismo. Pero el despliegue de nuestra teoría ha tenido otro fin, quizás subrepticio pero no menos importante: el de promover activamente el diálogo entre una pluralidad de campos académicos diversos. Este intento incluye un posicionamiento que deber ser precisado. Posicionamiento que implica distinguir entre dos términos que pululan en las ciencias sociales de la actualidad, hermanados casi como sinónimos. Uno es el de *multiplicidad* y otro el de *pluralidad*. Ambos tienen buena prensa y parecen apuntar al mismo tipo de fenómeno: festejar la diversidad, renegar del silenciamiento de lo diferente, de la represión a lo Otro, etc. Sin embargo, en nuestra opinión ambos son muy distintos. Luego de un largo período de hegemonía de los llamados discursos *únicos o totalitarios*, la multiplicidad reina en las ciencias sociales: todo el tiempo brotan nuevos campos académicos, con sus autores de referencia, sus conceptos y sus instituciones. La diversidad florece y no hay ningún tipo de oposición a ella. Los saberes más variopintos son tolerados por la comunidad académica de una manera impensable hace unas décadas. La relajación posmoderna baña todas las costas. Sin embargo, y este es el punto clave, todos esos

campos autónomos que respetan la existencia de otros, no tienen el más mínimo interés en dialogar con ellos. A no ser, claro, que se le llame diálogo a intercambiar opiniones con alguien que piensa exactamente lo mismo que uno, o que financia nuestra investigación. Entre otras causas, la lógica de la acumulación al interior del propio campo, tan favorecida por las actuales regulaciones del sistema científico, disuade de toda búsqueda de traducción de conceptos ajenos. El diálogo, como práctica radical, es percibido como una distracción, como una muestra de falta de seriedad. En este reino de la multiplicidad, lo diferente se tolera bien mientras sea autónomo, mientras no haya discusión ni polémica. ¿Para qué habría que discutir y tratar de llegar a un acuerdo, si cada átomo académico puede tener su grupo de investigación, su revista, sus conceptos? Evitemos, entonces, la pérdida de tiempo del debate, tan frustrante, por demás. Dejemos de lado el agotador el esfuerzo por convencer al Otro y el enojo ante el fracaso. ¿Por qué obligarlo a qué hable nuestro idioma? Permitamos que la otredad fluya, librada a sus contingencias. Pongamos a un costado nuestro rechazo a la ponencia de un colega (cuya expresión nos llevaría a una polémica inconveniente) y estrechemos su mano diciendo que nos resultó “muy interesante”. Incluso brindemos con él, seamos sus amigos y confundámonos en el abrazo más sentido. Pero, nunca, bajo ningún concepto, nos enredemos en una discusión y menos en una en la que sus argumentos nos obliguen a cambiar la dirección de nuestras lecturas e investigaciones. Nosotros no nos metemos con su mundo de creencias –hacerlo sería una forma de violencia intolerable– a cambio de que él no se meta con el nuestro. Al fin y al cabo, cada uno seguirá con su proceso de acumulación, y la multiplicidad posmoderna tiene lugar para infinitos feudos independientes. Así, la multiplicidad, disfrazada de amor a la diferencia, no es otra cosa que su negación más profunda. Detrás de un palabrerío sofisticado que alude a la liberación de lo diverso, se refugia un hondo descompromiso con el Otro: “haz lo que quieras, menos impugnar mis posiciones”. A su vez, detrás de la crítica a la racionalidad, de la reivindicación del goce inmediato, se ocultan toda clase de autismos especulativos, de cálculos enroscados. El favorecimiento de la multiplicidad es una estrategia maximizadora de beneficios, por más que se presente como una elección ética. En fin, detrás del festejo de la multiplicidad, se agazapa el más profundo rechazo al diálogo, a la pluralidad.

La pluralidad, al menos como la entendemos aquí, incluye a la multiplicidad, pero la trasciende. Es necesario respetar a lo diverso, pero ese respeto sólo se consume en el marco del diálogo. Y el diálogo implica cierto compromiso común, cierto reconocimiento mutuo, cierto vocabulario compartido. Por fin, podemos decir *que las herramientas teóricas que propusimos en esta tesis han tratado de ser una base para favorecer ese diálogo*. Ni la primera, ni la mejor, pero sí una base posible para ese diálogo plural. Diálogo que, debería haber quedado claro, no implica aceptar como correcta la posición del Otro. Por el contrario, el diálogo sólo tiene sentido como constatación de la diferencia, con el respeto crítico a ella, pero con su incorporación a una totalidad dialéctica. La búsqueda de lenguajes comunes es, así, una actividad esencialmente política: la de incluir, pero sin silenciar las tensiones constitutivas de toda totalidad.

La tipología de los conocimientos en base a sus soportes materiales o la noción de procesos productivos buscaron (y buscarán) ofrecer terrenos conceptuales para que saberes diversos en todos los aspectos pudieran expresar sus diferencias. Así, el éxito de esta perspectiva teórica no ha de medirse solamente en relación al grado de aceptación de nuestros conceptos, sino también en función de qué tanto estimulan el intercambio de los variados discursos que hemos convocado en las páginas de esta trilogía. Esperamos que los economistas, los juristas, los biólogos, los militantes en favor del software libre, los estudiosos de la comunicación, los neurocientistas, los ingenieros en sistemas, los sociólogos, los partidarios del pensamiento complejo, los marxistas, los posmodernos y posestructuralistas, los ecologistas, y muchos otros tengan, al final de esta obra, dos acuerdos.

Por un lado, el de haber hallado defectos –diversos en cada caso- de nuestra teoría o nuestros datos. Pero, por otro lado, el de haber tenido la posibilidad de dialogar, no tanto con nuestra propuesta específica, sino sobre todo con las de otros autores, con las de otros libros, con las de otros campos del saber que los que frecuentan usualmente. Basta con que esto haya ocurrido o vaya a ocurrir para que nos sintamos conformes con la tarea emprendida.

Al fin y al cabo, la noción de dialéctica estuvo, en sus orígenes, asociada a la de diálogo. Especialmente, en las primeras obras de Platón, la necesidad de personificar a las distintas formas del saber se ve favorecida por esta modalidad discursiva. Sin embargo, en los últimos años, una serie de circunstancias que merecerían una discusión pormenorizada han venido a asociar a las nociones de dialéctica, totalidad y negatividad con los totalitarismos marxistas o capitalistas, con el rechazo de la diferencia, y de la diversidad cultural. En el subsuelo de esta obra hemos batallado para mostrar que esto es un error serio y que, por el contrario, la noción de totalidad dialéctica ofrece un terreno fértil para quienes promuevan la pluralidad. La totalidad dialéctica debe volver a ser diálogo integrador y superador, diálogo que hace el esfuerzo por sumar a la diferencia, (en lugar de ignorarla relajadamente), y capaz de integrar de manera respetuosa incluso a las ideas de quiénes la bastardean.

#### IV

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. Nombres sumamente 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. Hemos dedicado cientos de páginas a explicar el concepto de Capitalismo Informacional, que es el que, siguiendo parcialmente a Manuel Castells, hemos adoptado. Aquí lo hemos definido en relación a una configuración material cognitiva específica, uno de cuyos indicadores es la brutal expansión de la propiedad intelectual y otras formas capitalistas de regular el acceso a los conocimientos. Sin embargo, pese a la enorme influencia de la trilogía de Castells, no es la noción de Capitalismo Informacional la que ha conquistado al mundo. A partir de mediados de los años '90 se estabiliza como hegemónica la perspectiva asociada a otra noción: la de *Sociedad del Conocimiento*. Y lo hace al menos en cuatro campos semánticos decisivos: los de la comunidad académica, los medios de comunicación, los organismos internacionales y las políticas públicas. *Casi sin mencionarla, esta tesis debería haber demostrado que esa noción es científicamente insostenible.*

Un primer reparo apunta a uno de los aspectos en los que este término es ideológico: soslaya la especificidad capitalista de la etapa actual, naturalizando una circunstancia histórica y silenciando los conflictos por el acceso a los recursos que la constituyen. Esto ha sido advertido por varios autores, como los que propugnan la noción de Capitalismo Cognitivo. Sin embargo, la crítica principal a la idea de Sociedad del Conocimiento le cabe también a la de Capitalismo Cognitivo: al definir a la presente etapa en relación a la centralidad económica asumida por *el* conocimiento, ambas permanecen ciegas a que todas y cada una de las formas de organización productiva a lo largo de la historia de la humanidad podrían caracterizarse de ese modo. Particularmente, hemos visto como los flujos de distintos tipos conocimientos dieron forma a la configuración material cognitiva de los tres períodos históricos que consideramos. ¿Puede decirse que *el* conocimiento es más importante en los procesos productivos de uno de ellos que en otro? Naturalmente, cambian los tipos de conocimientos, cambian sus relaciones, pero no la relevancia del agregado cognitivo. Que en los últimos años se haya comenzado a *prestar atención al rol que ocupa el conocimiento en los procesos*

*productivos no quiere decir que la eficacia empírica de éste se haya puesto en marcha al compás de ese interés.* En la agricultura neolítica, el artesanado medieval o la fábrica fordista el conocimiento jugaba un rol exactamente *tan importante* como el que se le concede en la actualidad<sup>165</sup>. Para decirlo de manera simplificada, uno de los errores de algunos de los autores que patrocinan nociones como “Sociedad del Conocimiento”, “Knowledge Based Economy” o “Capitalismo Cognitivo”, es soslayar la importancia de los infinitos conocimientos que subyacen a los procesos productivos manuales y reiterativos. Las manos hábiles del albañil, la cocinera o el músico no tienen otro timón que el enorme conjunto de saberes hechos carne con los años de labor. De hecho, vimos que detrás de la apariencia cosificada de las herramientas, sean estas palas, ollas o pianos, no sólo se esconde el trabajo que las produjo –y que los marxistas saben reconocer-, también lo hacen, a través de él, astronómicas e ignoradas cantidades de conocimientos colectivos.

Se presenta, así, una cuestión interesante y aparentemente paradójica. La idea de Sociedad del Conocimiento carece de sentido en su contenido, pero el hecho de que se la formule está repleto de significación. *En efecto, dos rasgos laterales del Capitalismo Informacional, son i) que emergen masivamente preguntas respecto de cómo funciona el conocimiento en los procesos productivos, y ii) que las respuestas se estabilizan alrededor de nociones ideológicas como la de Sociedad del Conocimiento.*

La noción de Sociedad del Conocimiento, así, se asocia al sentido profundo que le dimos al concepto de *ideología* en el volumen I: coloniza la intersubjetividad y se arraiga en la dinámica sistémica, sin importar su relación con el eje verdad-falsedad. Es más bien una condición de posibilidad para que ciertos flujos de conocimientos circulen. Por eso, no basta con notar subjetivamente sus defectos para conjurarla: es su materialidad intersubjetiva la que persiste. Esto nos ayuda a entender el comportamiento de los numerosos investigadores que, en la primera página o en alguna nota al pie de sus papers, aclaran que reconocen la importancia del conocimiento en etapas anteriores pero que, sin embargo, insisten en que usarán la noción de Sociedad del Conocimiento para referirse al período actual. Si prescindimos de las frágiles explicaciones que se despliegan en esos textos cabe preguntarse: ¿por qué recurren a esta noción cuyos defectos no sólo intuyen, sino que además pueden verbalizar? La respuesta es simple: porque ella es necesaria para comunicarse en el mundo académico, porque las instituciones a las que pertenecen se basan en ella y, naturalmente, porque eso se traduce en que los programas que los financian están anudados a ese término. Por supuesto, incluimos a nuestros trabajos entre aquellos que se ven, de cuando en cuando, domesticados por la materialidad de la noción de Sociedad del Conocimiento.

## V

Cuándo se repasa la historia del capitalismo junto con la historia de la regulación del acceso a los conocimientos, tal como lo hemos hecho en los volúmenes II y III, salta a la vista una cuestión tan simple como llamativa. Al recorrer las distintas narrativas del capitalismo, o del mundo occidental en general, nos topamos con toda clase de mojonos que balizan sus puntos de quiebre, de discontinuidad y giro. Sin embargo, buscamos en vano alguno relativo a la regulación del acceso a los conocimientos, a lo que a partir de cierto momento sería la propiedad intelectual. Ni menciones a estas regulaciones ni, mucho menos, vínculos con la dinámica de la totalidad capitalista se encuentran por ningún lado. No obstante, hemos visto que esos vínculos están presentes de manera indeleble.

Entre mediados y fines del siglo XV se produce una serie de profundos cambios en el devenir de la civilización occidental. Desde las primeras lecturas estudiantiles se nos ha instruido respecto de que la Edad Media termina y la Edad Contemporánea comienza o bien en 1453, con la toma de Constantinopla por parte de los turcos, o bien, con la llegada de

Colón a América en 1492. Si se deja de lado la idea de “Edad” y buscamos los orígenes del capitalismo, nos encontramos con que el período Mercantil comienza en esas fechas, en esa segunda mitad del siglo XV, más allá de que se encuentre un hito puntual o no. Sin embargo, en el medio de ese período, y justo en una de las regiones que vería florecer la mercantilización tiene lugar un hecho inédito. Un hecho que no recibe atención en ningún cható manual de historia de secundario, pero tampoco en ninguna profunda historia del capitalismo de las que se estudian en la universidad. Se trata del Acta de Venecia de 1474, que comienza el camino hacia la regulación moderna de los conocimientos, como vimos en el comienzo del volumen II. ¿Es un fenómeno azaroso que la regulación del acceso a los conocimientos haya dado un giro relevante en el momento en que tomaba forma el embrión capitalista?

Cuando pasamos a estudiar a la Edad Contemporánea o al Capitalismo Industrial, nos encontramos con una situación muy parecida. De hecho, los orígenes de esta etapa han sido mucho más ampliamente revisados que los de la anterior. Sin embargo, encontramos a la regulación del acceso a los conocimientos otra vez soslayada en las grandes narrativas. Ríos de tinta económica se han dedicado a lo enclosures, a los trabajadores doblemente libres, a las maquinarias, al carbón. Mares de relatos se han llenado con la importancia del contractualismo, la economía política, la ciencia moderna, la ilustración. Sin embargo, hemos visto –y en este caso hay algunos textos recientes que así lo señalan– que la Inglaterra de la Revolución Industrial tuvo la particularidad de ser el primer y único país que, hacia el tercer cuarto del siglo XVIII, había estabilizado la regulación del copyright y de las patentes –en el sentido moderno–. Había regulado jurídicamente las nociones de autor, inventor y dominio público. Aquí tenemos más datos como para señalar que el azar tiene pocas chances de explicar la coincidencia. Aunque, como tratamos de mostrar, el proceso dista de ser lineal, es claro que las regulaciones del acceso a los conocimientos (el Acta de Ana, y los varios casos judiciales de mediados a fines del siglo) tuvieron un vínculo estrecho e insoslayable con el despegue del Capitalismo Industrial.

Y así llegamos al Capitalismo Informacional. Con estos antecedentes, cabía esperar que una profunda modificación en el funcionamiento del capitalismo, como la que se produjo en la segunda mitad del siglo XX (una transformación de tal magnitud que llevó a cierto consenso respecto a que se había entrado en una nueva etapa), viniera acompañada de una igual de profunda modificación en el terreno de las regulaciones de los conocimientos. Indudablemente, tal modificación ocurrió, como discutimos a lo largo del tercer volumen, y ha sido tan cercana en el tiempo, tan virulenta y tan generosa en los datos que ofrece para mensurarla, que cabría esperar que todos los análisis respecto de la conformación de la actual etapa del capitalismo se hubieran detenido en ella. Y, sin embargo, ninguno de cuantos conocemos lo ha hecho de una manera sistemática, y la mayoría no lo han hecho en absoluto.

Tenemos, entonces, una conclusión muy simple: *los cambios de etapas del capitalismo, esto es, el pasaje de una configuración material cognitiva a otra, se manifiestan en las regulaciones del acceso a los conocimientos*<sup>166</sup>. Esta sencilla idea nos lleva a diferenciarnos al menos de tres perspectivas con las que hemos dialogado en distintas partes de la tesis. Por un lado, hay un grupo de pensadores que consideran que ha habido un cambio de etapa y que, efectivamente hemos pasado del capitalismo industrial al capitalismo informacional –o como se lo llame–, pero que no señalan los cambios en las regulaciones del acceso a los conocimientos y, específicamente, en los relativos a la propiedad intelectual. Entre otros, aquí se sitúa la clásica y monumental trilogía de Manuel Castells. Ante esta perspectiva, hay quienes rechazan la idea de una gran transición, y entienden que nos hallamos frente a una de las numerosas y periódicas actualizaciones tecnológicas y organizacionales del capitalismo. Con este discurso aparece el segundo grupo del que nos distanciamos, que tiene como ejemplo a parte de la economía evolucionista y

neoschumpeteriana. Para estos y otros autores las transformaciones ocurridas serían parte de uno (o varios) cambios de “paradigma tecno-económico” (u otros conceptos similares). Desde esta perspectiva, las transformaciones del capitalismo que ofrecen como cara visible a los bienes informacionales serían equiparables a las del carbón, la electricidad, el petróleo, etc. Así, para esta segunda corriente no habría, como para la primera perspectiva y para la nuestra, una división en tres etapas del capitalismo, sino un continuo, con ondas periódicas que se irían renovando. Ahora bien, de lo dicho más arriba se desprende nuestra crítica a ambas posiciones. A las dos les falta notar la importancia de los cambios en las regulaciones del acceso a los conocimientos, específicamente en los regímenes de Propiedad Intelectual. Tales cambios no han ocurrido de manera amplia y profunda sino en circunstancias muy específicas. Así, la llegada de la mayoría de los “paradigmas tecno-económicos” no planteó ninguna necesidad de modificar la regulación del acceso a los recursos. El advenimiento del petróleo y sus tecnologías, o el del acero, o el de las radiofrecuencias, no provocaron más que adecuaciones menores o nulas en los flujos de conocimientos normativos. Por el contrario, las transformaciones asociadas a la configuración material cognitiva del capitalismo informacional significaron una modificación dramática de todo el esquema jurídico de la propiedad intelectual. Pero hay todavía un tercer grupo, el de quienes, quizás de manera algo breve y asistemática, han señalado tanto el cambio de etapa del capitalismo como la relevancia de las nuevas regulaciones sobre el conocimiento. Esta es la postura de los autores que utilizan la idea de Capitalismo Cognitivo. Para ellos estaríamos frente a un segundo proceso de enclosures. Mientras el capitalismo industrial se habría apoyado en el cercamiento de materias y energías, en la propiedad privada física, la etapa actual se basaría en el cercamiento de los conocimientos, mediante la propiedad intelectual. Sin embargo, esto es un error. Es un error porque, como vimos en los capítulos I a IV del segundo volumen, *en los períodos anteriores del capitalismo también hubo cercamientos de los conocimientos*. De hecho, tratamos de mostrar la importancia de estos cercamientos para el despegue del industrialismo.

Naturalmente, la relación entre la regulación del acceso a los conocimientos y el devenir del capitalismo puede explorarse de manera mucho más amplia que como lo hemos hecho aquí. Sin embargo, acentuar la importancia teórica y aún metodológica de la vinculación nos parece una conclusión relevante.

## VI

A la hora de narrar una historia del capitalismo, de caracterizar algunas de sus etapas o incluso al momento de pensar algún proceso productivo específico, casi todos los trabajos que conocemos pueden repartirse con facilidad alrededor del eje economía-cultura. Algunos se dejan imantar por un polo y otros por el opuesto. Esto no es azaroso. Como vimos en la segunda sección del volumen II, esa distinción vertebró al Capitalismo Industrial, y todavía reverbera cuando éste ha anochecido. La mayoría de esos trabajos acepta de buena gana esa división. Los economistas por lo general no analizan patrones culturales y la antropología apenas menciona seriamente aspectos económicos. Sin embargo, aunque no se plantee explícitamente, esta escisión implica una toma de posición gnoseológica: renegar de la idea de totalidad. No obstante, esta escisión de la división del trabajo intelectual no se acepta en todos los casos y, de hecho, se lo hace cada vez menos. En muchos otros trabajos se han advertido las dificultades que estos divorcios acarrearán. Se ha notado que lo llamado cultural, lo económico, lo político, lo social, o cualesquiera que sean los términos que se usen, están íntimamente ligados en cualquier período histórico y en cualquier proceso productivo. Sin embargo, en las teorías o narraciones históricas que se hacen eco de esto, el remedio suele ser la yuxtaposición de las distintas esferas: un capítulo dedicado a las finanzas, otro al mundo



del trabajo, uno a los valores y otro a las artes, por ejemplo. Eso se tiene por un enfoque multidisciplinario. Pero aún cuando se intente trazar vínculos entre estas áreas, no se sabe cuál es la sustancia de la que esos vínculos estarían hechos. En casi todos los casos, podrían ser partes completamente autónomas, y en muchos de ellos así es como han sido escritas. Este tipo de abordaje, naturalmente, ofrece mejores perspectivas que el simple énfasis en un área. Sin embargo, no puede presentar una visión de la totalidad capitalista.

Los conceptos propuestos en el volumen I intentaron hipotetizar una solución para ese problema: los flujos de conocimiento son el universal que luego, combinado con la materia/energía se particulariza en ruedas, obras de arte, trabajadores y capitalistas, casas, o softwares. Así, nuestro procedimiento no consistió en tomar más o menos tentativamente algunas áreas de la vida social que nos resultaron relevantes para un período. No fuimos a ver, digamos, que ocurría con el espacio, el tiempo, la comunicación, la economía, la identidad o la acción política. Partimos, en cada caso, de la configuración material cognitiva que surge de la tipología de los conocimientos. En esta perspectiva, no tuvo sentido preguntarnos en cada momento si estábamos tratando con un fenómeno político, cultural, filosófico, económico, etc. Nos orientamos, ante todo, por la materialidad de los flujos de conocimientos. Todas las otras ordenaciones pueden incluirse luego, si es que esto se estima conveniente, pero en nuestra opinión, *los flujos de conocimientos ofrecen una especie de equivalente general gnoseológico*.

El filósofo notará que, una vez más, después de un largo recorrido, estamos frente a algo que ya había intuido Hegel. Otra vez nos espera, “inmóvil y en otra parte”, como señalaba bellamente Foucault.

Pero escapar de verdad a Hegel supone apreciar exactamente lo que cuesta separarse de él; esto supone saber hasta que punto Hegel, insidiosamente quizá, se ha aproximado a nosotros; esto supone saber lo que es todavía hegeliano en aquello que nos permite pensar contra Hegel; y medir hasta que punto nuestro recurso contra él es quizá todavía una astucia suya al término de la cual nos espera, inmóvil y en otra parte. (Foucault, 2004 [1970]: 69-70)

En efecto, la idea de que la totalidad no es otra cosa que flujos de conocimientos es el eje de toda la filosofía de Hegel. La famosa frase del Prólogo de las *Lecciones de filosofía del Derecho*, “Todo lo real es racional y todo lo racional es real”, más compleja de lo que parece, apunta a este hecho. Sin embargo, luego de haber intentado rescatar a Hegel del maltrato posmoderno, de las vocaciones totalitarias y de la pura especulación filosófica, es hora de marcar nuestras diferencias. Ya es momento, en el final de esta tesis, de distanciarnos. Tenemos así, una gran coincidencia con la cita de Foucault y una pequeña diferencia. La coincidencia radica en la importancia de reconocer lo que cuesta separarse de Hegel, en tratar de no confundir nuestra ignorancia con su ausencia. Pero, a diferencia de Foucault, entendemos que no se trata de *escapar* a Hegel, sino de aportar granos de arena para construir la *Aufhebung* de su teoría. La lucha contra Hegel no se da escabulléndose alegremente, huyendo dionisiacamente como lo creen los posmodernos que ignoran el consejo de uno de sus maestros.

La primera diferencia notable que hemos tratado de marcar es que en nuestro esquema el conocimiento no puede pensarse sin sus soportes materiales. Naturalmente, esa idea no existe en Hegel y, cuando aparece en Marx, lo hace para considerar al conocimiento como un epifenómeno de la actividad social. *En cambio, aquí hemos tratado de llenar de materia/energía el Geist hegeliano*.

En segundo lugar, para Hegel el conocimiento es sinónimo de Razón. Aunque su idea de la racionalidad es mucho más amplia que la estrecha racionalidad weberiana (que en última instancia responde a Kant), hay que marcar que en nuestra propuesta la noción de

conocimiento no tiene que ver con la razón más que en algunas circunstancias contingentes. Sabemos, por varias vías, que la razón es tan sólo una adscripción irracional. Los flujos de conocimientos pueden tomar la forma de sentimientos y emociones, de creencias de las que no se puede predicar verdad o falsedad, de artefactos o genes.

La tercera diferencia que esta obra ha intentado interponer con Hegel y el hegelianismo es la de llevar una teoría muy abstracta a la práctica histórica. La forma en que Hegel hizo esto no fue, en modo alguno, convincente. Aquí creemos, por el contrario, que las ideas sobre el Ser deben anudarse con datos empíricos, con gráficos y números, con argumentos y refutaciones. Contrariamente a lo que piensan los “intelectuales” que se definen con ese término tan extraño, la especulación filosófica es un momento, el universal abstracto, que debe medirse en el particular concreto del barro empírico, con la mugre de los números. Por supuesto, este segundo momento también ha de ser superado, pero lo que nos interesa marcar aquí es que en este trabajo tratamos de negar y recuperar parcialmente tanto el puro aleteo en las nubes de la filosofía como el sordo reptar por los aridez de los datos económicos.

## VII

En el capítulo siete del volumen I dimos una polémica definición de la idea de piratería. Al hacer el recorrido histórico, en los capítulos siguientes, hemos ido señalando numerosos ejemplos concretos de ese tipo de traducción. A veces dándoles gran importancia, otras condenándolos a las notas. Esos ejemplos podrían haber sido muchos más, pero refresquemos algunos aquí.

En el Capítulo I del segundo volumen, vimos como la no necesaria originalidad de los saberes para los que se otorgaban *privilegi*, monopolios o patentes favorecía la búsqueda de la copia de saberes desarrollado en geografías lejanas a las de la jurisdicción que iría a brindarles una protección. Nombramos, incluso, la existencia de políticas reales que encomendaban a espías especializados la reproducción impaga de técnicas o tecnologías. Así, ni bien aparece la idea de excluir respecto de ciertos conocimientos productivos, *aparece, por parte de las mismas instituciones que regulan la exclusión, la vocación de acumular saberes impagos*.

En la segunda sección del volumen II descubrimos que, en cierta medida, la revolución industrial carreteó sobre un suelo paradójico. Por un lado, el de la promesa y la creencia de que los inventores recibirían rentas monopólicas por sus invenciones. Por otro, la débil concreción efectiva de esa promesa. Las traducciones impagas de la Spinning Jenny y de una multitud de artefactos industriales parecen haber sido cosa corriente en Lancashire y el resto del Reino. Unos años después, y en los EE.UU., encontramos que todos los inventos famosos ocultaban alguna forma de piratería. La historia del teléfono es una comedia y la de la Cotton Gin, una tragedia. El hecho de que una creación de un esclavo haya sido pirateada por su amo y utilizada para, mediante el incremento de la productividad, favorecer la prolongación de la esclavitud, no puede ser calificado de otro modo. El capítulo de la copia sin compensación alguna de los saberes colectivos de los esclavos es amplio, y no está suficientemente explorado. Sabemos, de cualquier forma, que lo ocurrido con los géneros musicales y sus técnicas asociadas son una parte importante. Las legislaciones del capitalismo industrial, (aprovechando un costado de la distinción jurídica entre idea/expresión), se han encargado de dejar fuera de la protección a algunas creaciones colectivas de los pueblos sometidos que han generado enormes sumas de riqueza para algunos individuos y empresas. Pero el contrabando de conocimientos nunca fue racista y, como señalamos, en la misma época, la industria editorial norteamericana se aprovechaba de los saberes codificados de los *gentlemen* británicos con tanta fruición como lo hacía con los cantos colectivos de los negros sureños.

Otra clase de piratería, cuya importancia es difícil exagerar, es la de las traducciones de los saberes de los trabajadores hacia las máquinas y hacia manuales de procedimientos.

Con el taylorismo, sin él, o más allá de él, las técnicas cultivadas largamente fueron copiadas sin la recompensa correspondiente. También, y todavía en la segunda sección del volumen II, rozamos el mecanismo por el cual la industria farmacéutica norteamericana, hoy fervorosa defensora de la propiedad intelectual, tuvo su despegue: la compulsiva “adquisición”, con el apoyo estatal, de las patentes alemanas.

Ya en el tercer volumen, nos topamos con la indignación de la industria norteamericana de los semiconductores: en los ’70 Japón vio florecer su propia industria electrónica gracias a la ingeniería reversa, esto es, a una forma de piratería que era perfectamente legal en el país nipón. Pasando del hardware al software, al estudiar los orígenes de la industria de la programación en la tercera sección del volumen II, encontramos a un muy joven Bill Gates haciendo un fantástico negocio con IBM. La clave del mismo había sido la adquisición de un sistema operativo, el QDOS, que se basaba en la copia de otro, el CP/M.

En la misma sección también advertimos como el desarrollo de la genética y las biotecnologías estimuló la piratería tanto de los conocimientos de soporte biológico como de los conocimientos subjetivos e intersubjetivos de los pueblos originarios asociados a ciertos vegetales. La parasitación cognitiva respecto de estos pueblos, se sabe bien, no se ha detenido allí y ha subsumido a las más diversas manifestaciones simbólicas.

Finalmente, en la tercera sección del volumen III captamos una nueva modalidad, que llamamos Apropiación Incluyente. A través de ellas muchas empresas basan parte de sus ganancias en la elusión silenciosa de la retribución de los productores colaborativos de la llamada “Web 2.0”. Con una cobertura legal mediante licencias GPL, CC u otras (o con la simple falta de observancia de las legislaciones sobre derechos de autor), los blogs, las llamadas “redes sociales” como Facebook y las empresas como Google, lucran con las formas más variadas de piratería.

Es posible que una investigación más exhaustiva sobre cada uno de estos tipos de piratería arrojará resultados impactantes, a la vez simpáticos y tristes. Quizás convenga emprenderla a futuro, si es que no se ha hecho ya. Sin embargo, basta lo dicho para sacar algunas conclusiones.

*La piratería, tal como se la definió en el marco teórico del volumen I, no es un fenómeno marginal que realizan los enemigos de la producción de los conocimientos más avanzados; es una forma de traducción de conocimientos que se sitúa usualmente en el origen de las firmas, industrias, ramas, regiones y países exitosos en la acumulación de conocimientos. Como los economistas saben y los diplomáticos callan, todas estas unidades de producción se han comportado y se comportan de una manera altamente pragmática: sitúan los procesos productivos de normas y de ideologías en el lugar que favorece la propia acumulación de conocimientos. Uno de los puntos decisivos es, entonces, distinguir que esas unidades productivas micro o macro pasan por distintas etapas. Las leyes que la industria editorial norteamericana quería en 1830, por caso, no son las mismas que las que reclama hoy. Simplificando un poco, parecería haber un recorrido más o menos estandarizado: un primer momento en el que la firma, rama o país prioriza desconoce, hasta donde le es posible, los derechos de otros titulares. Este es el momento de la piratería rampante. A partir de cierto punto, sin embargo, se cruza un umbral crítico, y se empieza a requerir que se respeten los derechos sobre los conocimientos cuya titularidad la unidad productiva ha podido establecer. Pero para obtener el reconocimiento de la propia titularidad ha de aceptarse la de otros. Consecuentemente, se debe detener, en cierta medida, la copia impaga de saberes ajenos. Hay que pagar licencias, establecer acuerdos, sancionar leyes. En ese camino para que otras unidades productivas reconozcan los derechos de la propia se apela a toda clase de estrategias discursivas. La noción de ideología que hemos presentado se amolda bien a esta situación. No se trata de que los argumentos que se esgrimen sean necesariamente falsos (“elevar la*

protección de PI elevará las inversiones”; “los EE.UU/la OMC nos sancionará”; “es ético compensar a los que invierten/producen conocimientos”). *La clave es que los discursos ideológicos ocultan que las industrias que los inventaron sólo lograron ser exitosas haciendo lo contrario de lo que recomiendan.* No se trata, entonces, de impugnar éticamente “las mentiras de las multinacionales”. Las empresas capitalistas actúan como tales, y ello no debería causar sorpresa ni estupor. Lo que sí resulta llamativo es que los políticos y algunos académicos de los países que no han logrado acumular importantes bases de conocimientos crean que han de seguir el camino que los países exportadores de propiedad intelectual *les dicen* que recorrieron, y no el *que siguieron efectivamente*. Aunque a las ideas de esta tesis les faltan años para desembocar en opiniones relativas a las políticas públicas inmediatas, es inevitable incluir una aquí, cuya formulación original tampoco nos pertenece.

As previous chapters have demonstrated, the industrialized countries built much of their economic progress by appropriating other's intellectual property; with TRIPS this option is foreclosed to future industrializers. (May y Sell, 2006:158)

Mientras los países que lideran la frontera de la producción de conocimientos primero acumularon saberes y sólo después elevaron los niveles de propiedad intelectual, el camino que propone el TRIPS/ADPIC al mundo importador de propiedad intelectual es justamente el inverso: “primero eleven los niveles de protección, y ya verán como los conocimientos más innovadores afluirán luego a sus países”, parecen decir. Aunque sus fines han sido otros, *toda la evidencia histórica por la que esta obra ha transitado coincide en señalar que esta idea es tan errada e inconveniente para los países a los que se propone, como necesaria para el funcionamiento del Capitalismo Informacional.*

## VIII

¿Cuáles son las deudas principales de la perspectiva que hemos presentado, del Materialismo Cognitivo? Una, indudable, es la de extrapolar el análisis histórico y macro a los procesos productivos micro. Aún cuando lo hecho en esta tesis resultara de alguna utilidad, aún cuando llenáramos las lagunas temporales con más datos, faltaría saber si este marco tiene chances de abordar con éxito situaciones mucho más acotadas. Si la perspectiva teórica que presentamos es correcta, el análisis de los procesos productivos en términos de materias, energías y los distintos tipos de conocimientos debería poder acometerse en los más diversos estudios de caso. Pero, hay que ser claros en esto, no se trata sólo de encarar análisis sociológicos o jurídicos. Esta teoría debería confluir, en un tiempo prudencial, con aquellas orientadas a abordar el irresoluto problema económico de la función de producción, de la TFP. En alguna medida, la “New Growth Theory” no está muy lejos de nuestra vocación: analizar al conocimiento distinguiéndolo, por sus propiedades específicas, de los otros factores de la producción. Más aún, las relativamente recientes series estadísticas KLEMS proveen elementos relativos a los consumos de materias y energías. En ambos casos habría que hacer algunas salvedades, pero el punto es que parece haber una módica pero cierta tendencia a redefinir los factores de producción, descomponiéndolos en términos de materia/energía y distintos tipos de conocimientos. ¿Esto es una tarea fácil? No, sin dudas que no lo es. Varias de las formas de conocimientos que hemos analizado son difíciles de mensurar, de captar cuantitativamente. Sabemos, no obstante, que la dificultad de una tarea no merma su importancia. Hay dos frentes para atacar en este sentido. Por un lado, el de la generación de datos primarios. Es necesario explorar, con trabajos de campo, la posibilidad de crear indicadores para las diversas clases de conocimientos que propone nuestra tipología. Por otro lado, hay que buscar cuáles de los indicadores existentes pueden utilizarse como *proxy*,

esto es, cuáles de las fuentes secundarias pueden ser traducidas a nuestra perspectiva. Y, sobre todo, cómo ha de operarse esa traducción. Actualmente estamos trabajando en ambas tareas.

Ahora bien, todo esto roza un tema espinoso, que es el de la teoría del valor. Aunque no lo hayamos discutido más que lateralmente en alguna nota al capítulo I, hemos estado trabajando con la idea tácita de que la riqueza (digamos, los valores de uso) sólo emerge de la mano de alguna forma de conocimiento. Este ha sido el motivo para pensar a los procesos productivos en función de los flujos de conocimientos y no, por ejemplo, en función del trabajo humano. Naturalmente, el trabajo humano (combinación de energías y diversas clases de conocimiento, como dijo Bentham) es una de las formas que median en la traducción de los conocimientos (subjetivos e intersubjetivos) hacia los productos, pero no la única. *Al marxista le gusta pensar que los distintos tipos de conocimientos están hechos de trabajo humano. Nosotros preferimos subrayar que es el trabajo, y el resto de la actividad humana, la que está hecha de flujos de conocimientos.* Pero no siendo este el espacio para desarrollar esta polémica, basta con señalar que ella se desprende lógicamente de este texto y que tal polémica habrá de ser abordada en investigaciones futuras.

En efecto, la propuesta de una función de producción basada en distinguir entre diversas clases de conocimientos, materia y energía sólo tiene sentido si se considera que el conocimiento es el elemento que agrega riqueza, como señala Paul Romer. Pero, si se disuelven las categorías de trabajo y capital en la función de producción ¿no significa esto soslayar el fenómeno de la explotación capitalista? ¿no significa licuar la contradicción entre los distintos sujetos que ingresan al proceso productivo? Creemos que no y aquí va un breve comentario en ese sentido. Marx, entre otros autores, ha identificado una particularidad ontológica del trabajo humano: puede producir más valores de uso que los que debe consumir para sobrevivir. Este fenómeno, junto con otros, es el que permite que exista, en el capitalismo, una diferencia entre el valor de uso y el valor de cambio de la fuerza de trabajo: la famosa plusvalía.

Volvamos al ser humano genérico. Si uno se detiene en la noción de trabajo, esto es, en la noción de sujeto humano como unidad última, no se alcanza a entender por qué es que esto ocurre: ¿por qué es que los humanos pueden producir más de lo que consumen? Si, en cambio, descomponemos al trabajo humano en materia/energía y conocimientos emerge una hipótesis muy simple: el ser humano debe reponer las materias y energías de las que se alimenta y se viste; las que lo rodean como soportes de sus artefactos y sus símbolos. *Sin embargo, por lo general, no debe reponer los conocimientos que adquiere. Esto es decisivo: la humanidad crea nuevos conocimientos y, a la vez, estos tienen la particularidad de no desgastarse con su uso – a diferencia de sus soportes-*. Por eso es que, como señalamos en el primer capítulo de esta obra, la humanidad acumula conocimientos y sólo conocimientos. Acumula papeles que guardan símbolos, acumula creencias respecto de que esos papeles representan bienes y servicios, acumula artefactos, que no son sino “conocimientos muertos”, parafraseando a Marx. Si contemplamos desde esta óptica al capitalismo quizás podamos pensar alguna hipótesis relativa al problema de la explotación y la plusvalía. Según Marx, aquello que el proceso productivo, en la persona del capitalista, paga al sujeto trabajador es el equivalente a una canasta para reproducir su fuerza de trabajo en idénticas condiciones a como la halló antes de ingresar al proceso productivo. O, lo que es lo mismo, el equivalente de las materias y energías que se desgastan en el consumo productivo y todas aquellas que preservan al trabajador para volver a participar en tal proceso al día siguiente. Aunque esto resulte sorprendente, basta lo dicho para señalar que si se acepta la idea de plusvalía, ésta no puede surgir de otra fuente que de la masa de los diversos tipos de conocimientos (subjetivos e intersubjetivos) que, una vez adquiridos, no se desgastan y que, jornal tras jornal, el sujeto humano aporta al proceso productivo. Evidentemente, no nos referimos sólo a los saberes abstractos o teóricos que movilizan algunos trabajadores ni a los saberes explícitos, sino

especialmente a las miles de pequeñas técnicas, a las destrezas manuales, y a los diversos conocimientos intersubjetivos: los saberes organizacionales, los valores y los lenguajes, el reconocimiento y la internalización de ciertas normas que portan los trabajadores. *De modo más general, quizás un rasgo del proceso productivo capitalista sea el de traducir los diversos tipos de conocimientos que afluyen a él (que no son sólo los humanos), pero sólo pagar (en el caso del trabajo) por las materias y energías que los soportan.* Pero ¿esta idea de una forma de traducción que consiste en la no compensación de los titulares de conocimientos –no necesariamente respaldados por la ley- no ha sido estudiada antes? Sí, y la llamamos piratería. ¿Es posible pensar que la piratería, lejos de ser un obstáculo para el capitalismo, más allá de ser clave en el período de acumulación originaria de las firmas, es, incluso, la práctica cotidiana en la que el capitalismo se sostiene? ¿Es posible que el capitalismo se base inefablemente en la piratería? Pongamos la misma hipótesis en otras palabras. ¿Y si en vez de ser la fuerza de trabajo esa mercancía “muy particular” como lo sindicaban los marxistas, tal mercancía es el conocimiento? De hecho, como vimos, la historia del capitalismo muestra que las distintas formas de conocimiento ganan el status de mercancías a la vez que lo hace el trabajo humano. ¿Y si es el conocimiento el que está condenado, en el capitalismo, a ser un producto colectivo que se apropia de manera silenciosamente privada? No tenemos respuestas para estas preguntas, y naturalmente, habría que formularlas de manera más precisa. Por lo pronto, habría que resituar estos interrogantes para cada período del capitalismo. No obstante, basta lo dicho para señalar otro camino que este trabajo invita a recorrer. Como señaló hace largos años Daniel Bell *urge discutir una teoría del valor conocimiento.*

## IX

¿Y la acción política? ¿Los Estados? ¿Los partidos políticos? ¿Las clases sociales? ¿La lucha contra el patriarcado? ¿La destrucción del ecosistema? ¿La redistribución del ingreso? ¿El problema del poder? ¿Es este un trabajo crítico del capitalismo o no lo es? En fin, si esta teoría tiene algo de acertado, ¿qué hacer? Sobre algunas de esas preguntas tenemos opiniones (y las hemos escrito en otros textos); sobre otras no, pero, en cualquier caso, aquí no vamos a detenemos en ellas. Basta con cobijarnos, una vez más, en una cita de Manuel Castells.

Provengo de un tiempo y una tradición, la izquierda política de la era industrial, obsesionada por la inscripción sobre la tumba de Marx en Highgate: su undécima tesis (y de Engels) sobre Feuerbach. La acción política transformadora era la meta última de todo empeño intelectual verdaderamente significativo. Sigo creyendo que hay una considerable generosidad en esta actitud, sin duda menos egoísta que la prosecución ordenada de carreras académicas burocráticas, no perturbada por los sufrimientos de la gente en todo el mundo... Sin embargo, he visto tanto sacrificio descaminado, tantos callejones sin salida inducidos por la ideología y tantos horrores provocados por los paraísos artificiales de la política dogmática que quiero transmitir una reacción saludable contra el intento de enmarcar la práctica política en la teoría social o incluso en la ideología. La emancipación política más fundamental es que la gente se libere de la adhesión acrítica a esquemas teóricos o ideológicos, para construir su práctica atendiendo a su propia experiencia y utilizando cualquier información o análisis de que dispongan, de diversas fuentes. En el siglo XX los filósofos han estado tratando de cambiar el mundo. En el siglo XXI, ya es hora de que lo interpreten de una manera diferente. (Castells, 2006: 429)

Nuestro trabajo proviene de un tiempo y una tradición en parte distintos y en parte coincidentes con los de Castells. No está atravesado por los dogmas del marxismo, sino por

los ecos todavía estruendosos del genocidio ocurrido en la Argentina en la década del '70. No son las inscripciones en las tumbas famosas las que inflaman nuestra actividad, sino las fosas sin inscripción alguna de los miles de desaparecidos que dieron su vida tratando de construir un mundo un poco más justo. O, mejor, no son siquiera esas bellas voluntades masacradas las que se nos aparecen cada día en que escribimos, sino las vidas mutiladas de quienes las sobrevivieron y mantuvieron a flote pequeños navíos de dignidad silenciosa.

Los que navegamos en esos navíos, los que vimos la deriva y el hundimiento de los sueños más nobles, y especialmente, los que elegimos dedicarnos a las ciencias sociales porque creemos que éstas tienen todavía mucho por decir en la construcción de sociedades más justas, más igualitarias y más libres, hemos de transitar un sendero angosto: trazar mapas sin imponer el modo de recorrerlos, ser rigurosos sin dejar de disfrutar nuestra actividad, comprometernos sin perder el pluralismo y tratar de comprender el mundo sin permanecer indiferentes hacia él. Eso intentamos en este trabajo.

## Notas a las Conclusiones Generales

### Notas al Capítulo VII

<sup>1</sup> Claro, esta argumentación parte de la asunción, difícil de objetar pero fácil de evadir, de que las palabras no son neutras. En efecto, aunque es bien conocido que los giros semánticos cristalizan relaciones de poder, que las tensiones entre significantes y significados definen campos de batalla, actuar en consecuencia no es una tarea sencilla: interrogarse permanentemente respecto de las armas que se utilizan en cada módica argumentación es una empresa que extenua a las mentes prácticas –y, por el contrario, sobreexcita al nervio teórico-. Quizás una parte de la filosofía posmoderna haya pagado con la esterilidad empírica el precio de entregarse a estos juegos lingüísticos.

<sup>2</sup> Se trata, hay que aclararlo, de un capítulo que no analiza un solo tipo de conocimientos. Aunque el hilo conductor es respecto de flujos de CSI Lingüísticos, en realidad el foco está en la combinación de ellos con CSI Axiológicos y su incidencia en los CSI Normativos.

<sup>3</sup> En el ejercicio que sigue nos permitimos algunas simplificaciones que favorecen la comparación. Evidentemente, en términos rigurosos ésta es imprecisa: los derechos que se presentan aquí como cuerpos idénticos a sí mismos han ido variando con el curso del tiempo y, aún más, con las geografías. El derecho de copyright en 1700, 1850 y 1930 presenta matices respecto de los ejes en los que lo caracterizamos. Del mismo modo, el copyright anglosajón y la noción de derechos de autor continental exhiben diferencias notables. A su vez, las comparaciones que se hacen buscan presentar aspectos comunes de las legislaciones internacionales. Sin embargo, cuando hay divergencias, el análisis se basa en el derecho norteamericano, salvo en lo que se refiere al derecho de autor.

<sup>4</sup> La comparación es una elaboración propia basada en varias fuentes. Sin embargo, la principal de ellas es el manual de Merges, Menell y Lemley, que cuenta con un cuadro parecido (Merges, Menell y Lemley: 2006: 25-27)

<sup>5</sup> Más precisamente, la distinción figura en un artículo de 1791, titulado “*Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*” (“Prueba acerca de la ilegalidad de la reimpresión de libros”). En él, el autor distingue tres aspectos de la propiedad de un libro: (a) El libro como bien material, (b) el contenido, las ideas que subyacen al texto (c) la forma en que esas ideas son presentadas. Con el tiempo, al ítem (b) se le ha ido llamando idea y al (c) expresión. El derecho de autor moderno considera, al igual que lo hacía Fichte, que el ítem (c) es el exclusivo patrimonio del autor. Sobre estas ideas de Fichte vid. Woodmanse, 1984: 444-448 y García López, 2006: 218.

<sup>6</sup> Este ítem (viii) es diferente a los demás. No analiza diferencias entre los derechos que se hayan mantenido a lo largo del capitalismo industrial, sino que basa la comparación en los cambios ocurridos durante el capitalismo informacional. Así, este punto no argumenta respecto de porqué los distintos derechos no *eran* vistos como parte de una unidad, sino a favor de porqué no *son* fácilmente equiparables en la actualidad.

<sup>7</sup> Un examen algo más sistemático, presentando las coincidencias y discrepancias del cuadro anterior, arroja los siguientes resultados:

	Patentes	Derechos de autor	Trade marks	Trade Secrets	Right of Publicity	Protección de bases de datos	Protección de Traditional Knowledge
Patentes		5,5/9	3/9	2,5/9	2/7	3/5	1/4



Derechos de autor	5,5/9		2,5/9	3/9	1,5/7	2/5	1,5/4
Trademarks	3/9	2,5/9		4,5/9	2/7	3/5	1/4
Trade Secrets	2,5/9	3/9	4,5/9		4,5/7	1,5/5	2/4
Right of Publicity	2/7	1,5/7	2/7	4,5/7		1/4	4/4
Protección de bases de datos	3/5	2/5	3/5	1,5/5	0/3		1/1
Protección de Traditional Knowledge	1/4	1,5/4	1/4	2/4	4/4	1/1	

Nótese que no todas las comparaciones se hacen sobre la misma base. Los cuatro derechos más importantes se analizan en las nueve variables, pero el right of publicity, los derechos sobre bases de datos y la protección del traditional knowledge se comparan sobre cifras menores. En cualquier caso, es claro que las precisiones numéricas son puramente ilustrativas: no tienen ninguna solidez cuantitativa ni constituyen ninguna "tasa de coincidencias".

<sup>8</sup> Es interesante notar que el texto de Fisher, a diferencia de los otros, se opone decididamente a la expansión de la propiedad intelectual e incluso, se dedica a argumentar acerca de la novedad que supone el uso de la expresión. Lo notable es que aún en ese texto la época ejerce su influjo, y el autor crítico usa acriticamente el vocabulario que denosta, refiriéndose a la "cláusula de la propiedad intelectual". El poder de la performatividad se expresa de manera más clara en estos casos, en los que la internalización ideológica obra todo su efecto. Más adelante desarrollamos la noción de performatividad ideológica y su relación con la frase propiedad intelectual.

<sup>9</sup> Esto es, los desajustes habituales entre el significado inmóvil del término en el diccionario y la dinámica de la utilización que a una palabra da una sociedad.

<sup>10</sup> Dos aclaraciones. El origen de la información citada es un e-mail de Margot Charlton, representante del OED, que puede consultarse en el anexo metodológico. Por otro lado, hay que decir que el dato presentado como aparece en el cuerpo del texto es correcto, pero deshonesto intelectualmente. Parece ser más favorable a nuestra hipótesis de lo que en realidad es. El OED se editó por primera vez en 1923, y recién en 1989 se imprimió la segunda edición completa. Si bien entre ambas fechas se hicieron retoques parciales, no hubo oportunidad de impresión ni edición digital. Esto es, si los editores del OED hubieran considerado en algún momento del siglo XX que el término propiedad intelectual debía integrar rápidamente su diccionario, no habrían podido materializar su deseo. De cualquier forma, sabemos con seguridad que en los años 1920's –cuando las patentes y los copyrights crecían fuertemente año a año– dichos editores estimaron que no había necesidad alguna de relacionar ambos fenómenos con una *entrada* común.

<sup>11</sup> Esta es la única edición de la que disponemos en papel.

<sup>12</sup> El procedimiento utilizado fue el mismo que con el OED: enviar e-mails consultando a la empresa por la fecha de la incorporación de la entrada. Sin embargo, en el caso de la Británica no obtuvimos respuesta alguna.

<sup>13</sup> **intellectual-property law** (2009) en *Encyclopædia Britannica*. Retrieved January 22, 2009, from Encyclopædia Britannica Online:

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/911774/intellectual-property-1>

---

<sup>14</sup> Por supuesto, el uso de una expresión en los medios de comunicación puede somatizar dinámicas sociales muy diversas. De hecho, el desfase –mayor o menor- que suele existir entre los medios y la sociedad con la que interactúan, hace que en muchos casos la masividad mediática de un significante conviva con la indiferencia social hacia él. En otras palabras, no todos los discursos mediáticos tienen necesariamente impactos sociales mayores. Lo mismo ocurre, con más razón, con los discursos científicos.

<sup>15</sup> En este sentido:

Traditionally, a distinction is made among literary, artistic, and industrial property rights. In this vast domain, copyright and patents have become predominant in regards to scientific and technological knowledge. Surprisingly, these two categories have moved closer together. Initially, they were far apart, independently covering literary and artistic property rights and industrial property rights, respectively. The boundary was then somewhere between the beautiful and the useful. (Foray, 2006:131)

<sup>16</sup> En efecto:

Of course, it is the perpetuation of this legal separation -- one body of law having developed to protect inventors of “machines” and the other to protect the authors of “texts” -- that is the source of contemporary difficulties when new technologies are found not to fit neatly into either mold. Computer software, for instance, has posed awkward problems inasmuch as this class of technologies is well described as “machines which are implemented in the form of text” (see, e.g., Samuelson 1984, and Samuelson 1992, for further discussion). (David, 1993:15)

<sup>17</sup> Por ejemplo, es conocida la campaña del semanario *The Economist* contra las patentes: Antes de que puedan (los inventores) establecer el derecho de propiedad sobre sus inventos, deben abandonar todo el conocimiento y ayuda que han obtenido del conocimiento e inventos de otros. Esto es imposible y esa imposibilidad demuestra que sus mentes e inventos son de hecho, partes de la gran mentalidad total de la sociedad...” (The Economist, 28/12/1850: 1434 citado en Penrose, 1974 [1951] : 25 énfasis añadido).

<sup>18</sup> Por ejemplo:

... since intellectual property rights were for most of their history not seen as property rights, but rather as monopoly privileges. (Drahoš y Braithwaite, 2002: 29)

O bien:

The traditional reluctance of intellectual property law to recognize information as property may be giving way to a new legal approach, one which embraces information as property in the Information Age (Samuelson, 1989: 395)

En el mismo sentido:

Traditional property theory, then, is ill-suited to the unique characteristics of intellectual property. Efforts to import the principles and rules of real property law into this different context will inevitably get the balance wrong. We are better off with the traditional utilitarian explanation for intellectual property, because it at least attempts to strike an appropriate balance between control by inventors and creators and the baseline norm of competition. If we must fall back on a physical-world analogy for intellectual property protection – and I see no reason why we should – treating intellectual property as a form of government subsidy is a more apt description than treating it as real property (Lemley, 2003: 3)

<sup>19</sup> 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)

<sup>20</sup> Ante la similitud de los gráficos presentados en uno y otro apartado, y aún a riesgo de ser redundantes, quizás convenga insistir en las diferencias entre las operacionalizaciones que hemos emprendido para apuntalar las hipótesis de la propertización y la unificación. En este último caso, lo que nos interesaba era como un conjunto de piezas jurídicas reunían derechos diversos bajo el paraguas de *un* término. El incremento de las frecuencias reflejaba como copyright, patentes, derechos de marcas y otras instituciones con historias relativamente independientes se veían amalgamadas en la arcilla del término en boga. Al efecto de esa operación, que el vocablo unificador fuera "propiedad intelectual" era un accidente carente de relevancia. Iguales conclusiones habríamos extraído si la expresión hubiese sido "Monopolios cognitivos", "Derechos sobre la información" o cualquier otra. Por el contrario, en el análisis de la *propertización* no nos preocupa si al copyright, las patentes y otros derechos se les considera como habitantes del mismo hogar jurídico o si se les reconoce existencia autónoma. Da lo mismo ahora que en un caso se hable de propiedad literaria y en otro de propiedad industrial; que se afirme la propiedad artística o se destaque la propiedad sobre las ideas. Lo que nos interesa es, justamente, el ascenso victorioso de la noción de "propiedad" a cumbres que le eran esquivas, independientemente de las compañías que la escoltan en cada caso. Aquí sí, el significado de uno de los términos en juego es decisivo. El reemplazo de la idea de monopolios por la de propiedad tiene, tanto en términos del campo jurídico como en el de los medios masivos de comunicación, consecuencias enormes.

<sup>21</sup> Como muestra el gráfico, esta tendencia es nueva: durante los primeros treinta años de comparación, *las patentes se incrementaron más que la vocación jurídica de asociarlas a la noción de propiedad.*

<sup>22</sup> La propertización se aprecia de manera más notable en los casos como este, que representan un cambio respecto de los precedentes directos. En efecto, la Corte Suprema, a través del juez Holmes había expresado en 1917 que:

The Word property as applied to trademarks and trade secrets is an unanalyzed expresión of certain secondary consequences of the primary Fac. That the law makes some rudimentary requirements of good faith. Whether the plaintiffs have any valuable secret or not, the defendants know the facts, whatever they are, through a special confidence he accepted. The property may be denied, but the confidence cannot be. Therefore the starting point for the present matter is not property or due process of law, but that the defendant stood in confidential relations with the plaintiffs..." (E.I. du Pont vs. Masland, 244 U.S. 100,102 (1917))

Aunque el párrafo puede interpretarse de distintas maneras, no parece haber mayores dudas respecto de que el hecho de que los trade secrets constituyeran o no propiedad era irrelevante para el ejercicio de tales derechos. Esto es directamente opuesto a lo que ocurre en los casos como *Rusckelshaus vs Monsanto*.

<sup>23</sup> Por ejemplo, durante los debates para la reforma de la legislación de Copyright, en 1998, se produjeron varios discursos de los diputados que encarnaban la lógica de la propertización.

---

If one cannot get someone else's property for free, then pass a law to allow them to steal it from them. (Diputado Doggett, 144 CONG. REC. H1456, H1457 (daily ed. Mar. 25, 1998))

"We are considering stripping people of their intellectual property rights over what boils down to a mug of beer"; "the amendment is nothing short of a taking." (Diputado Hoyer, 144 CONG. REC. H1456, H1464, H1474 (daily ed. Mar. 25, 1998))

"Copyright is a property right"; "Let us not forget that this is about taking someone's property." (Diputado Hyde, 144 CONG. REC. H1456, H1458 (daily ed. Mar. 25, 1998))

"struggling people who have been working 15, 20, 30 years . . . to build property, intellectual property that is every bit as dear to them as real property in our districts"; "if we are for property rights, real property rights, we should be for intellectual property rights too" (Diputado Scarborough, CONG. REC. H1456, H1464, H1475 (daily ed. Mar. 25, 1998))

Pero también en las instituciones dependientes del poder ejecutivo, como la IPTF, (Intellectual Property Task Force) creada en 2006 y dependiente del poder ejecutivo

Just as the law grants ownership rights over our material possessions, such as a home or an automobile, it also grants individuals ownership rights over intangible property, such as an idea or an invention. When a person creates something novel and unique, our laws recognize its value and grant the creator the respect and integrity of ownership (IPTF, 2006:5)

In our 21st century economy, intellectual property is one of the most valuable forms of property that exists. (IPTF, 2006: 13)

<sup>24</sup> Por ejemplo:

Although the fundamental concepts of property pre-date the invention of computers and the sophisticated technical know-how of today, protecting these additions to society within the existing framework of property law promotes predictability and uniformity in the law. In fact, the law of property is easily adaptable if the basic presumptions and definitions of property law are applied to ideas (Beckerman Rodau, 1994: 8)

<sup>25</sup> Por ejemplo:

Patents give a right to exclude, *just as the law of trespass does with real property*. Intellectual property is intangible, but the right to exclude is no different in principle from General Motors' right to exclude Ford from using its assembly line (...) *Old rhetoric about intellectual property equating to monopoly seemed to have vanished [at the Supreme Court], replaced by a recognition that a right to exclude in intellectual property is no different in principle from the right to exclude in physical property*. (...). Except in the rarest case, *we should treat intellectual and physical property identically in the law* – which is where the broader currents are taking us. (Easterbrook, 1990: 109, 112, 118)

<sup>26</sup> Por ejemplo:

Roughly speaking, the protagonists over intellectual property fall into two broad camps. On the one side, there are those, like myself, who think intellectual property forms a coherent subset of a larger body of property law. Starting from this orientation, we constantly ask the question about the extent to which the understandings of property law that have developed in connection with the traditional forms of tangible property can be carried over to the newer forms of intangible property that become both possible and

---

necessary only with the rise of new technologies, such as the internal combustion engine and the radio.(Epstein, 2008:1)

<sup>27</sup> Por ejemplo:

The logic of property rights dictates their extension into every corner in which people derive enjoyment and value from literary and artistic works. To stop short of these ends would deprive producers of the signals of consumer preference that trigger and direct their investments. (Goldstein, 1994: 178/9)

<sup>28</sup> Por ejemplo

There is, however, a scarcity of resources that may be employed to use information, and it is that scarcity which generates the need for a system of property rights in information. (Kitch, 1977:275,276.)

<sup>29</sup> Por ejemplo:

Patents are property.(...)Unfortunately, the modern conceptualization of patents as securing only the right to exclude has blinded modern courts and scholars to the extensive nineteenth-century jurisprudence that protected patents as constitutional private property. The result is confusion among courts, and inaccurate claims made in both patent and takings scholarship, that patents have never been secured under the Takings Clause. Courts and scholars can no longer rely on this mistaken historical authority. It is time to set the historical record straight and to recognize that nineteenth century courts applied the Takings Clause to patents, securing these intangible property rights as constitutional private property. (Mossof, 2007b, 690, 724)

<sup>30</sup> Michael Carrier, que señala a la propertización como un fenómeno ya ocurrido, sobre el que no tiene sentido discutir si debe producirse o no, sino sobre el aqu hay que actuar tomándolo como un dato de la realidad.

In contrast to much of the literature, which criticizes this trend, I take the transformation as a given. The propertization of IP is in fact unfortunate. But it also appears to be irreversible. It sinks its tentacles further into public and corporate consciousness (as well as the IP laws) with each passing day, making it unlikely that the country will return to the prepropertization era... In short, IP is quickly becoming property not only in the essentially unlimited scope and duration of its initial rights but also in the ubiquitous assertions that IP is absolute property. (Carrier, 2004:5-12)

<sup>31</sup> Por ejemplo:

The fourth and final force that has contributed to the growth of intellectual property rights consists of a gradual shift in the terminology used by lawyers to describe and discuss those rights -- in a word, the “propertization” of the field. In the eighteenth century, lawyers and politicians were more likely to refer to patents and copyrights as “monopolies” than they were to refer to them as forms of “property.” (Fisher, 1999:20)

<sup>32</sup> Por ejemplo:

To conceive of copyright as essentially private property, akin to rights in land, is to ignore the important historical and realist tradition that has envisioned real property as an instrumental construct designed to pursue certain social and political goals, as opposed to protecting pre-social and pre-political rights. (Ghosh, 2003: 389)

<sup>33</sup> Por ejemplo:

Copyright and patent are unlike ordinary tangible property in a number of ways. From an economic perspective, the subject-matters of copyright and patent are more like inexhaustible ‘public goods’ that are ordinarily un-owned, than they are like exhaustible

---

‘private goods’. Further, there are both personal and public interest components to many IP doctrines, leading the law to give less market control to ‘owners’ than to most owners of ordinary tangible property. However, over time, IP is becoming more like ordinary tangible property. (Gordon, 2003: 621)

<sup>34</sup> Por ejemplo:

The rhetoric and economic theory of real property are increasingly dominating the discourse and conclusions of the very different world of intellectual property. (Lemley, 2003: 1033)

<sup>35</sup> Por ejemplo:

...treating intellectual property as if it were real property, of course, can be problematic. (Litman, 1990, 1004)

<sup>36</sup> Por ejemplo:

Much of the legal discussion of intellectual property assumes that there is a clear metaphorical continuity between property in things and property in knowledge. But one of the central functions of the institution of property in knowledge is to construct a scarcity where no necessarily exists. (May y Sell, 2006: 19)

<sup>37</sup> Menel critica la expansión de los derechos que veremos en el capítulo VIII, pero no del todo claro que tanto critica la propertización.

The law has long treated land and intellectual property within the general rubric of “property.” ...There can be little question today that intellectual property assets are forms of “property.” ...The critical question is not whether the rubric “property” applies to intellectual property, but whether the traditional rights associated with real and other tangible forms of property apply to intellectual property. (Menell, 2007:37)

<sup>38</sup> La autora se centra en el copyright, y no en todos los derechos de PI

It is essential to understand that copyright in the American tradition was not meant to be a “property right” as the public generally understands property. It was originally a narrow federal policy that granted a limited trade monopoly in exchange for universal use and access. (Vaidhyathan, 2001:21)

<sup>39</sup> Por ejemplo, en la introducción de un debate entre Jack Valenti y Lawrence Lessig respecto de la expansión del copyright, el presentador, Martin Kaplan, decía:

The topic that we’re speaking about tonight, “Creativity, Commerce and Culture,” contains within it a core tension, the tension or bargain between the freedom and rights of the individual artist and the freedom and *rights of property owners*, the owners of copyright and intellectual property. (Norman Lear Center, 2001:4, énfasis añadido)

De este modo, en el plano del equilibrio y la medida que representa el moderador de un debate académico, ha penetrado, sigilosa pero firmemente, la operación de propertización. Claro, puede hacerse la objeción de que en realidad este presentador ocultaría, tras su máscara de imparcialidad, el favoritismo por la expansión de la PI que revela el apoyo tácito a la analogía con la propiedad privada física. Esto dejaría escapar el punto clave: la propertización se ha anclado en el sentido común de actores académicos provenientes de las posiciones teóricas más diversas. Por ejemplo, en una entrevista personal, una de las mayores autoridades argentinas en el pensamiento marxista entendía que:

...la copia de un programa de software es un robo, igual que el de cualquier otra forma de propiedad.” (Entrevista personal con JIC, julio de 2007)

---

<sup>40</sup> En este sentido:

These days the 19th century history of free trade opposition to intellectual property rights has been conveniently elided from the international trade policy discourse on intellectual property (Drahoš y Barithwaite, 2002: 37)

<sup>41</sup> Como veremos más adelante en la sección dedicada al TRIPS del capítulo VIII.

<sup>42</sup> Este cuadro está confeccionado, mayormente, con datos de la WIPO que compilan informes anuales de la USPTO. La causa de haber adoptado esta modalidad es que los datos de esta última oficina sólo están disponibles de manera directa para el período 1974-2007. Llamativamente, esto fue explícitamente comunicado por un representante de la USPTO ante un requerimiento hecho por e-mail. A su vez, los datos de la WIPO que conforman una serie extensa, lamentablemente, distan de ser coincidentes con los de la oficina norteamericana que dicen expresar. Para el período de veintitrés años con el que contamos con ambos datos, las diferencias son notables. Ante el requerimiento en este sentido hecho a un representante de la WIPO –de la división IP Stats-, éste respondió que las discrepancias podrían explicarse a) en base a las diferencias del año calendario versus fiscal, tomados como referencia en un caso y otro. b) En base a recálculos y correcciones de la USPTO posteriores al envío de los datos a la WIPO. Sin entrar en disquisiciones engorrosas, conviene decir que estas aclaraciones no resultan suficientes para explicar algunos de los valores de la serie presentada por esta organización. Por ejemplo, en el caso extremo del año 1985, la WIPO sólo registra las trademarks de los no residentes en los EE.UU, asignando a las de los residentes –que suelen ser un 80% del total- un valor 0. Como consecuencia de ello, la cifra de la WIPO es de 8.253 trademarks, mientras que la de la USPTO es de 63.122. En esta situación puntual hemos optado por corregir la serie incorporando el dato de la USPTO en nuestro gráfico. En los otros casos, en los que los errores parecen más discretos, preferimos no alterar la información conservando.

<sup>43</sup> Por ejemplo:

Besides, it appears that, although the growth is roughly continuous, trademark activity is impacted by the general fluctuations of economic activity. Indeed we observe a slowdown in growth in the 1970s, which can be attributed to the general economic slowdown following the oil crises. Likewise, we observe a drop around the year 2000 corresponding to the burst of the Internet bubble. (Millot, 2009 :20)

<sup>44</sup> Como señala Adam Jaffe:

The original argument for Bayh-Dole was that potential inventions from university research would lie unused in the absence of patent protection, because they needed a lot of subsequent development investment that would not be undertaken unless the patents could be licensed *exclusively* to a commercial firm. (Jaffe, 2000:40)

<sup>45</sup> La mención hace referencia al caso de la oficina de Patentes de Australia que, conocida por su baja escrupulosidad a la hora de garantizar los derechos, otorgó una patente un invento descrito como "a circular transport facilitation device" o... la rueda. (Foray, 2006:135).

<sup>46</sup> El análisis que sigue sin ser del todo exquisito, mejora la metodología empleada en Zukerfeld, 2008c. y consecuentemente, los datos obtenidos. Las interpretaciones que hacemos de los datos también han sufrido modificaciones.

<sup>47</sup> En el gráfico tenemos el detalle:

Gráfico nro.VIII n 1  
Categorías con mayores incrementos en el patentamiento  
(EE.UU, 1986-2006)

Nro de Categoría USPTO	Denominación de la categoría	Incremento en órdenes de magnitud (Patentes 2006 /Patentes 1986)
719	Electrical Computers and Digital Processing Systems: Interprogram Communication or Interprocess Communication (Ipc)	288,00
717	Data Processing: Software Development, Installation, and Management	188,00
709	Electrical Computers and Digital Processing Systems: Multicomputer Data Transferring	142,18
726	Information Security	126,50
707	Data Processing: Database and File Management or Data Structures	90,19
716	Data Processing: Design and Analysis of Circuit or Semiconductor Mask	46,70
800	Multicellular Living Organisms and Unmodified Parts Thereof and Related Processes	45,80
718	Electrical Computers and Digital Processing Systems: Virtual Machine Task or Process Management or Task Management/Control	42,50
713	Electrical Computers and Digital Processing Systems: Support	38,93
715	Data Processing: Presentation Processing of Document, Operator Interface Processing, and Screen Saver Display Processing	35,38
706	Data Processing: Artificial Intelligence	34,86
703	Data Processing: Structural Design, Modeling, Simulation, and Emulation	33,84
455	Telecommunications	24,51
705	Data Processing: Financial, Business Practice, Management, or Cost/Price Determination	21,71
D05	Textile or Paper Yard Goods; Sheet Material	17,60
711	Electrical Computers and Digital Processing Systems: Memory	15,98
382	Image Analysis	14,58
345	Computer Graphics Processing and Selective Visual Display Systems	14,33
370	Multiplex Communications	13,24
710	Electrical Computers and Digital Data Processing Systems: Input/Output	12,03
257	Active Solid-State Devices (e.g., Transistors, Solid-State Diodes)	10,98

Fuente: Elaboración propia en base a datos del USPTO

<sup>48</sup> Ellos son: Multiplex Communications, Optical Waveguide; Optics: Image Projectors; Optical Communications; Liquid Crystal Cells, Elements and Systems; Pulse or Digital Communications; Registers; Plants

<sup>49</sup> Ellos son: Equipment for Production, Distribution, or Transformation of Energy; Apparel and Haberdashery; Edible Products; Communications: Radio Wave Antennas; Electric Lamp or Space Discharge Component or Device Manufacturing; Animal Husbandry Chemistry; Natural Resins or Derivatives; Peptides or Proteins; Lignins or Reaction Products Thereof; Lighting; Environmental Heating and Cooling; Fluid Handling and Sanitary Equipment; Washing, Cleaning, or Drying Machine;

<sup>50</sup> En el gráfico listamos los 37 rubros que incluimos, con sus respectivos códigos de la USPTO

Gráfico nro. VIII n 2

Rubros productores de Bienes Informacionales incluidos y patentamiento (EE.UU., 1986-2006)



Código	Denominación	Código	Denominación
719	Electrical Computers and Digital Processing Systems: Interprogram Communication or Interprocess Communication (Ipc)	438	Semiconductor Device Manufacturing: Process
717	Data Processing: Software Development, Installation, and Management	725	Interactive Video Distribution Systems
709	Electrical Computers and Digital Processing Systems: Multicomputer Data Transferring	704	Data Processing: Speech Signal Processing, Linguistics, Language Translation, and Audio Compression/Decompression
726	Information Security	720	Dynamic Optical Information Storage or Retrieval
707	Data Processing: Database and File Management or Data Structures	702	Data Processing: Measuring, Calibrating, or Testing
716	Data Processing: Design and Analysis of Circuit or Semiconductor Mask	714	Error Detection/Correction and Fault Detection/Recovery
800	Multicellular Living Organisms and Unmodified Parts Thereof and Related Processes	365	Static Information Storage and Retrieval
718	Electrical Computers and Digital Processing Systems: Virtual Machine Task or Process Management or Task Management/Control	463	Amusement Devices: Games
713	Electrical Computers and Digital Processing Systems: Support	358	Facsimile and Static Presentation Processing
715	Data Processing: Presentation Processing of Document, Operator Interface Processing, and Screen Saver Display Processing	369	Dynamic Information Storage or Retrieval
706	Data Processing: Artificial Intelligence	701	Data Processing: Vehicles, Navigation, and Relative Location
703	Data Processing: Structural Design, Modeling, Simulation, and Emulation	435	Chemistry: Molecular Biology and Microbiology
455	Telecommunications	D14	Recording, Communication, or Information Retrieval Equipment
705	Data Processing: Financial, Business Practice, Management, or Cost/Price Determination	536	Organic Compounds -- Part of the Class 532-570 Series
711	Electrical Computers and Digital Processing Systems: Memory	380	Cryptography
382	Image Analysis	700	Data Processing: Generic Control Systems or Specific Applications
345	Computer Graphics Processing and Selective Visual Display Systems	712	Electrical Computers and Digital Processing Systems: Processing Architectures and Instruction Processing (e.g., Processors)
710	Electrical Computers and Digital Data Processing Systems: Input/Output	708	Electrical Computers: Arithmetic Processing and Calculating
257	Active Solid-State Devices (e.g., Transistors, Solid-State Diodes)		

Fuente: Elaboración propia en base a datos del USPTO

<sup>51</sup> Por ejemplo:

Reversing its tradition of treating in-house technology as the jewel of the crown, DuPont has started to exploit it through an aggressive licensing program (Arora, Fosfuri & Gambardella, 2001:234)

<sup>52</sup> En este sentido:

The creation of intellectual property becomes a central goal of the global strategy. For a long time, the belief about intellectual property was that patents were for defensive purposes only, and that patents and related know-how should not be sold. Licensing was a drain on internal resources. Now patents are considered a unique means to generate value from intangible assets, and companies are starting to exploit this through aggressive licensing programas. (Foray, 2004:153)

---

<sup>53</sup> Recordemos que el curioso número 14 se copia de la duración de los copyrights ingleses, originados, según Paul David (1993), en el doble del tiempo que requería la formación de un aprendiz. Vid. capítulo IV).

<sup>54</sup> Hay que aclarar, no obstante, que los 17 años eran desde el momento de la concesión de la patente y los 20 son desde el momento de la solicitud. Considerando los plazos de otorgamiento, la diferencia es relativamente menor.

<sup>55</sup> En este sentido dice Carrier:

Not only has the scope of patent rights expanded, but their effective duration has lengthened as patents have increasingly been utilized in industries with product generation lifecycles shorter than twenty years (Carrier, 2004:17)

<sup>56</sup> Por ejemplo, un reciente artículo señala las posibles estrategias legales para las compañías:

Sometimes, an 'old' pharmaceutical compound may be discovered to have new medical uses. The patent claims to the chemical structure of the compound per se may already have expired by the time that such 'drug repurposing' is explored. Patent protection for the new invention must therefore involve a claim to second or further medical indications ('Swiss form' patent claims). This article discusses the legal protection options for repurposed drugs in Europe, including a review of the current status of second and further medical use claims and the availability of supplementary protection... Usually, by the time that an old product (whether previously approved or abandoned during initial development) arises for consideration in a repurposing project, it will have ceased to be the subject of protection offered by patent claims covering the specific chemical structure of the molecule. Companies interested in repurposing must therefore fall back on 'second medical use' (or 'method of use') patents, claiming, for example, the use of the molecule in the treatment of a specific illness. (Curley & Easey, 2010:131)

<sup>57</sup> Una enumeración exhaustiva habría de dar cuenta también de los cambios vinculados al avance de las patentes para cubrir métodos de negocios –que mencionamos somramente más arriba–, a las “Indicaciones geográficas” y, especialmente, al llamado “Traditional knowledge”: un conjunto complejo y todavía no del todo estabilizado de derechos que protegen los productos folclóricos de los pueblos originarios del mundo. Se trata de un conjunto de regulaciones derecho que constituyen más bien una reacción al aprovechamiento que de esos saberes no regulados vienen haciendo las compañías multinacionales. Vid. los ensayos del libro *Poor people's knowledge* (Finger y Schuler, 2004), o de manera más resumida, May y Sell, 2006: 194-198.

<sup>58</sup> 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 elevado al rango de legislación mundial.

<sup>59</sup> En este sentido

But, more recently, the extension of copyright to software has permitted a breach of the disclosure principle that parallels the one already noted in regard to patents: under American copyright law (in order to qualify to pursue infringers for damages) it is sufficient to register only some sample extracts of a computer program's "text," rather than the entire body of code. Moreover, there is no requirement whatsoever to disclose the underlying "source code"; copyright protection can be obtained on the basis of a disclosure of just the machine language instructions, which, even were they to be divulged in their entirety would be difficult and costly to interpret and re-utilize without access to the source code. While this practice surely can be seen to violate the principle that no burden of "undue experimentation" should be placed upon second comers, the latter requirement is one that holds only in the case of patent law. It never was contemplated that one might be able to register a text for full copyright protection without practically disclosing its contents to interested readers. (David, 2000: 12-13)

En la misma dirección va la recuperación que hacía Samuelson de *Baker vs. Selden*: con la protección bajo copyright, los titulares de los derechos evitan la inspección respecto del grado de novedad, altura inventiva y aplicabilidad industrial que supone el programa de computadora. Si su contribución es grande, pequeña o nula, a la legislación de copyright le es indiferente.

<sup>60</sup> En 1930 los EE.UU. aprueban una legislación sobre patentes de plantas, que otorgaba derechos a los cultivadores de especies asexuales. En 1970 esta legislación se amplió para incluir a las plantas que se reproducían sexualmente. Sin embargo, estos derechos eran más bien defensivos: se excluía a las semillas, es decir, a la posibilidad de mercantilizar masivamente la variedad creada.

<sup>61</sup> ¿Qué tipos de entes biológicos se pueden patentar en lo EE.UU?

- 1) Microbios genéticamente modificados, tales como bacterias, hongos, alga, otros organismos monocelulares y virus.
- 2) Microbio no conocidos antes, si el invento incluye algún aspecto no presente en la naturaleza o excluye su uso tal y como se encuentran en ella.
- 3) Técnicas para manipular genéticamente o utilizar microbios, plantas y animales
- 4) Linajes de células (células genéticamente distintas y su descendencia originada por división celular normal).
- 5) Genes, plásmidos, vectores y demás fragmentos de ADN, definidos por alguna característica técnica, tal como una secuencia de ácido nucléico o un mapa de restricción.
- 6) Anticuerpos monoclonales
- 7) Proteínas obtenidas mediante un proceso de ingeniería genética, si poseen propiedades no presentes en otras ya conocidas
- 8) Genes animales, vegetales y humanos.

---

<sup>62</sup> Dieciseis estados lo reconocen como parte de la Common Law y quince lo han explicitado en estatutos específicos (Merges, Menell y Lemley, 2006:883)

<sup>63</sup> De manera general, Merges, Menell y Lemley lo refieren así:

The right of publicity protects an individual's marketable image or persona. The right affords individuals a property-type interest in use of their name, likeness, photograph, portrait, voice, and other personal characteristics in connection with the marketing of products and services. (Merges, Menell y Lemley, 2006:883)

<sup>64</sup> No deja de ser notable que el argumento esgrimido aquí sea exactamente el de la teoría de la propiedad hegeliana, asociada a la personalidad, más bien extraño a los tribunales y las leyes norteamericanas. Sin embargo, como señalaremos enseguida, las causas profundas de esta protección parecen ser distintas de la preservación de la identidad del individuo.

<sup>65</sup> Como dicen los autores del manual que seguimos:

Although theoretically available to any individual, the right of publicity rarely arises outside the celebrity realm. (Merges, Menell y Lemley, 2006:883)

<sup>66</sup> Aunque resulte extraño, el paralelismo más aproximado se da con lo que llamaremos Apropiación Incluyente en el Capítulo V. Para decirlo de forma provocativa: se trata de controlar la *plataforma* que concentra el reconocimiento y la atención. Esa plataforma puede ser una página de Internet en los casos de los Sitios de Redes Sociales o una persona en los casos del Right of Publicity.

<sup>67</sup> En este sentido se expide la siguiente cita de Peter Drahos que reconstruye el clima reinante en ciertos sectores de la opinión pública norteamericana en los años 70 y 80:

Japanese manufacturing triumphs began to be seen as a portent of US deindustrialization. Public myths began to be constructed in the US about this success. American ideas, American know how were being stolen by the Japanese, it was widely believed. (Drahos, 2004: 10)

<sup>68</sup> Así lo señala el manual de la UNCTAD sobre el TRIPS

The protection of layout designs of integrated circuits as a specific subject matter was initiated in the United States in 1984, with the approval of the Semiconductor Chip Protection Act ("SCPA"). The decline of United States competitive advantages in chip production and trade during the 1980's prompted the U.S. Congress to adopt a sui generis protection. *Industry was particularly concerned with the increasing strength of Japanese competitors and their ability to eventually copy American designs.* (UNCTAD, 2005: 507, énfasis añadido)

<sup>69</sup> 15 U.S.C. § 1051-1127

<sup>70</sup> 19 C.F.R. Part 133 (1995).

<sup>71</sup> 18 U.S.C. § 2320

<sup>72</sup> Pub. L. No. 98-473, II § 1502(a)

<sup>73</sup> Pub. L. No. 104-153, 110 Stat. 1386.

<sup>74</sup> 18 U.S.C. §§ 1961-1968.

<sup>75</sup> P. Law 108-48

<sup>76</sup> P. Law No: 109-181.

<sup>77</sup> 18 U.S.C. § 1831

<sup>78</sup> 18 U.S.C. § 1832

<sup>79</sup> 18 U.S.C. § 1834

<sup>80</sup> The Act of January 6, 1897 (54th Congress, 2d Session, 29 Stat. 481).

---

<sup>81</sup> Pub. L. No. 94-553, 101, 90 Stat. 2451, 2586; 17 U.S.C. § 506(a).

<sup>82</sup> Pub. L. No. 97-180, 96 Stat. 91, 92; 18 U.S.C. § 2319(b).

<sup>83</sup> Pub. L. No. 102-561, 106 Stat. 4233; 18 U.S.C. § 2319(b).

<sup>84</sup> 18 U.S.C. § 2319A

<sup>85</sup> Pub. L. No. 105-147, 111 Stat. 2678; 17 U.S.C. § 506(a).

<sup>86</sup> Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860; 17 U.S.C. § 506(a).

<sup>87</sup> Pub. L. No. 109-9 § 104 codificada en parte en 17 USC 101 note.

<sup>88</sup> Como señalan Meinhold y Neubauer:

It is now conventional wisdom that the United States suffers from a litigation explosion. For nearly twenty-five years critics have used colorful terms such as “legal pollution” (Ehrlich, 1976) and “hyperlexis” (Manning, 1977) to describe a legal system in distress. Yet by most accounts social scientists long ago toppled the myth that there has been a litigation explosion (Galanter, 1983, 1998; Daniels, 1985; Curran, 1986; Turbin, 1998). (Meinhold y Nubauer, 2001:106)

<sup>89</sup> Así lo dice el jefe de la *Computer Crime and Intellectual Property Section* del Department of Justice, David Goldstone en un documento oficial.

Criminal prosecution plays an important role in establishing public expectations of right and wrong. Even relatively small scale violations, if permitted to take place openly and notoriously, can lead other people to believe that such conduct is tolerated in American society. While some cases of counterfeiting or piracy may not result in provable direct loss to the holder of the IP right, the widespread commission of IP crimes with impunity can be devastating to the value of such rights. ...

Industry groups representing victims of IP crimes are acutely aware of their need for law enforcement protection for IP. *These victims will vigorously publicize successful prosecutions. The resulting public awareness of effective prosecutions can have a substantial deterrence effect.* (Goldstone, 2001)

<sup>90</sup> En este sentido, sigue Goldstone:

Deterrence of criminal conduct is one of the primary goals of the criminal law. Experience demonstrates that many infringers will not be deterred by civil liability, which can be treated as a cost of doing business. For example, even when a permanent injunction or consent decree is in force, they do not necessarily deter some defendants. Some defendants may respond to such civil remedies by changing the item upon which they are infringing, such as counterfeiting shirts bearing marks of Major League Baseball teams after being the subject of an injunction obtained by the National Football League. Others close shop only to quickly reopen under a different corporate identity. Criminal prosecution can better deter a violator from repeating his or her crime. (Goldstone, 2001)

<sup>91</sup> El “casi” se refiere a que existen casos en los que el flujo de información si es efectivamente habilitado o impedido por los estados. El ejemplo evidente es el de China y su control estricto de los contenidos a los que puede accederse desde los servidores ubicados en su geografía. Pero el asunto es más complejo. En realidad, casi todos los gobiernos intentan ejercer algún grado de control respecto de los flujos de información, aunque no lo impidan de manera directa. El caso de los EE.UU. y el sistema de espionaje Echelon habla de esto. Claro, este es un terreno sobre el que se carece –justamente- de información suficiente como para dar mayores precisiones.

<sup>92</sup> Quienes gusten de las coincidencias históricas notarán que el año de la firma del TRIPS es el mismo en que se inaugura Internet tal como la conocemos hoy: 1994

---

<sup>93</sup> Recordemos que el tratado de París de 1883 establece la normativa sobre propiedad industrial –típicamente, patentes- y el tratado de Berna de 1886 versa sobre obras artísticas y literarias -derechos de autor-.

<sup>94</sup> Los orígenes de la institucionalización internacional unificada de la Propiedad Intelectual se remontan a 1893, con la creación de la Unión de Oficinas Internacionales para la Protección de la Propiedad Intelectual (*BIRPI*, por su acrónimo en francés). La BIRPI surgió de fusionar dos instituciones hasta entonces independientes: la Unión de París y la Unión de Berna, creadas por los convenios de París de 1883 y de Berna de 1886, respectivamente. A poco de su creación la BIRPI administraba 4 tratados internacionales, y durante el siglo XX llegó al par de decenas. En 1967 fue reemplazada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI o WIPO, por su sigla en inglés, con sede en Estocolmo. Actualmente, esta institución administra 24 convenios multilaterales.

<sup>95</sup> El cuadro que presentamos puede disparar objeciones. La ventaja metodológica de analizar estos dos tratados -frente a los países miembros del TRIPS u otros acuerdos internacionales- consiste en que muestran la evolución histórica entre la década de 1880 y el presente, sin que sean necesarias extrapolaciones complejas.

<sup>96</sup> La idea de que el objeto principal de las transformaciones del TRIPS se dirigen hacia los bienes informacionales primarios secundarios y terciarios puede encontrarse en varios autores. Por ejemplo:

...It has a crucial harmonizing impact on intellectual property regulation, because it sets detailed standards of intellectual property law that will profoundly affect the ownership of two significant technologies in the 21<sup>st</sup> century-digital technology and biotechnology. Copyright, patents and protection for layout design are all used to protect digital technology, whereas patents and trade secrets are the principal means by which biotechnological knowledge is being enclosed. (Drahos, 2004: 1 y nota al pie nro. 3)

<sup>97</sup> Por supuesto, no entendemos en modo alguno que estas tres objeciones sean meros reflejos superestructurales del crecimiento exponencial en la circulación de conocimientos asociado a la difusión de los bienes informacionales. Tal crecimiento interactúa dialécticamente con un conjunto de fenómenos políticos coyunturales, como los que se narran en estos argumentos de las empresas titulares de derechos de PI. Y, por supuesto, la incidencia de la replicabilidad de la ID depende del tipo de BI del que estemos hablando. Siendo altísima en el caso del software, es notablemente menor en la industria farmacéutica.

<sup>98</sup> Como dicen Christopher May y Susan Sell:

Trade negotiators themselves had already concluded that the complex of twenty four multilateral treaties previously administered by WIPO produced too much rule diversity. Even within each agreement, there was considerable variance in the scope of protection offered. For instance, in 1988 a WIPO study for the TRIPS negotiating group had discovered that of the ninety eight signatories to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, over forty excluded from their legislation pharmaceutical products, animal varieties, methods of treatment, plant varieties, and biological processes for producing animal and plant varieties; over thirty excluded food products and computer programs; and a further twenty two excluded chemical products. Making the problem more complex, it was necessarily the same group of country members excluding specific categories in each case. (May y Sell, 2006: 155)

<sup>99</sup> De manera algo descolorida, la siguiente cita de la UNCTAD deja entrever esta preocupación:

---

Los países desarrollados fueron expresando una creciente preocupación acerca de que el sistema de tratados administrados por la WIPO fallaba en proteger adecuadamente sus intereses en las industrias basadas en tecnología y expresivas. Las mayores preocupaciones eran que los tratados del WIPO no establecían estándares suficientes para la protección de los derechos de propiedad intelectual y *que el sistema de la WIPO no proveía mecanismos adecuados para asegurar el cumplimiento de las obligaciones*. (UNCTAD, 2005: 3, traducción propia, énfasis añadido)

<sup>100</sup> Esto es:

Usually, however, adding new rights or otherwise extending the existing protection was possible only among like-minded countries, with the result that, over the many years of this phase, few countries were ever "forced," to adhere to a new intellectual property treaty or version thereof by making major changes to their legislation.(...) In other words, when a treaty or a new version was accepted by a country, it usually meant that the country had already effected the necessary changes to its national legislation or was about to do so. (Gervais, 2002: 935,937)

<sup>101</sup> Como señala Gervais:

While the Paris and Berne Conventions were negotiated on a trans-Atlantic basis with limited input from other parts of the world (only a few countries such as Japan and Australia), in the early stages of this third phase, several African, Asian, Latin American and Middle Eastern countries began to show active presence at every international intellectual property negotiations (Gervais, 2002: 941)

<sup>102</sup> Cuando nos referimos a la distinción entre países importadores versus exportadores de propiedad intelectual conviene dar una idea de la proporción a la que nos estamos refiriendo:

Of the 3.5 million patents in existence in the 1970's, the decade before the TRIPS, negotiations nationals of developing countries held about 1 percent. (Drahos, 2002: 11, respaldándose en Patel, 1989)

Todos los países en vías de desarrollo juntos apenas tenían el 1% de las patentes en vigencia a mediados de la década de 1970 (Drahos, 2002: 11, basándose en Patel, ).

<sup>103</sup> Por ejemplo:

These countries began to push for the Paris Convention's reform and for access to the technology of multinationals on favorable terms. The Paris Union, once a quiet club devoted to the elevation of the international patent regime, became a battleground. The fiercest debates took place over the revision of compulsory licensing (authorization by a government to someone for use a patented invention without the consent of the patent holder) of patented technology. For the US, developing countries proposals for exclusive compulsory licensing amounted to little more than expropriation of US intellectual property rights. (Drahos, 2004: 7)

<sup>104</sup> En este sentido:

Thus, during de 1960s and 1970s, the developing countries' governments and negotiators argued for a dilution of international intellectual property law, whereas the developed countries' governments merely supported the status quo.(May and Sell, 2006: 156)

---

De hecho, a la vez que los países industrializados jerarquizaban la importancia económica de los conocimientos que producían, en los países subdesarrollados se explicaba el atraso en base a la existencia de una 'brecha tecnológica'. Los derechos de propiedad intelectual, especialmente las patentes, se veían en este discurso un obstáculo importante para la superación de esa distancia entre las naciones. Así, las políticas contrarias al reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual de los países desarrollados por parte del tercer mundo configuraban una posible estrategia de desarrollo. De manera preocupante para las multinacionales del conocimiento, los países subdesarrollados consiguieron algunos apoyos de organismos internacionales a estas posiciones, como por ejemplo, un documento de la UNCTAD de 1975 y la conferencia para la revisión del tratado de París de 1980.

The developing countries' governments, however, often, used their national legislation to reduce the monopoly rights accorded to intellectual property. They received some support in this policy from the United Nations Conference on Trade and Development, most explicitly in the 1975 report *The International Patent System as an Instrument for National Development*, which was exclusively devoted to the question of revising the Paris convention, sharply criticizing existing arrangements and urging reforms to improve the situation of development countries. (May and Sell, 2006: 156)

<sup>105</sup> Este éxito plasmado en el TRIPS puede constatarse de varias formas. Por ejemplo, a través de la siguiente cita, que alude a declaraciones de Jack Gorlin del 22-1-1996, consejero del Comité de Propiedad Intelectual de los EE.UU.

Commenting on the successful conclusion of the trade negotiations, one private sector participant asserted that the private sector lobbyists got 95% of what they wanted. (May and Sell, 2006: 158)

O, en términos de Peter Drahos y John Braithwaite:

When the history of 20th century business regulation is written this will come to be seen as one the century's most remarkable achievements (Drahos y Braithwaite, 2002: 28)

<sup>106</sup> Como dice Susan Sell

Agricultural chemicals producers, book publishers, software producers, video and music entertainment providers, and non-generic pharmaceutical manufacturers were confronting the incongruity between technology and the old system of IP protection on a daily basis. (Sell, 2004 :155)

<sup>107</sup> Vid. Supra, en la sección V.

<sup>108</sup> Esto es:

In reality, the GATT was ill-equipped to deal with such matters. The Secretariat had no intellectual property expert on staff. 87 When intellectual property negotiations were entrusted to the Group of Negotiation on Goods , a small team was set up within the Secretariat, but this group also had to deal with investment issues and government procurement (Gervais, 2002: 945)

<sup>109</sup> Como ejemplo del poder de esta estrategia, incluimos una extensa cita, de un discurso del Secretario de Integración Económica Centroamericana, instando a Guatemala a adecuar su ley al TRIPS, en el que actúa como correa de transmisión de los intereses de las corporaciones. En el texto se dejan ver, sin mayores velos, las amenazas del vínculo comercio-PI.

Hoy en día, a nivel mundial, *la protección de la propiedad intelectual debe regirse, como mínimo, por las normas establecidas en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de*



---

*Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo de las ADPIC) de la OMC, el que a su vez, está basado en las disposiciones de los convenios de París y de Berna. La protección debe incluir, además de las normas sustantivas, medios adecuados y eficaces para obtener, ejercer y hacer valer los derechos previstos, porque como en cualquier sistema jurídico nacional, el reconocimiento de un derecho debe incluir los mecanismos para hacerlo valer, frente a terceros, en caso de violación y esos mecanismos deben ser ágiles y expeditos para no hacer nugatorio el derecho.*

*Esto significa que todos los países miembros de la Organización Mundial de Comercio – Guatemala entre ellos- deben adecuar su legislación al estándar de protección requerido. El no cumplimiento de esta obligación, que para Guatemala venció el 1 de enero del año en curso, trae como consecuencia graves daños a la economía nacional.*

*En el marco de las relaciones comerciales multilaterales de la OMC, el incumplimiento a cualquiera de las obligaciones que impone dicho Acuerdo o la aplicación de una medida contraria a las disposiciones del mismo, que lesione los intereses de otro Estado Miembro, posibilita la aplicación de medidas de retorsión por el equivalente a los daños y perjuicios sufridos por el Miembro demandante. Normalmente existe la presunción de que la transgresión de una norma de cualquiera de los acuerdos lesiona los intereses de los otros Estados.*

*Cualquier nuevo sistema de preferencias comerciales unilaterales establece como condición la adecuada protección de la propiedad intelectual. Como es del conocimiento público, los países beneficiarios de la Iniciativa de la Cuenca del Caribe lograron la ampliación de beneficios contemplados en dicho Programa, lo que les permitirá recuperar la competitividad de sus exportaciones, particularmente frente a las exportaciones mexicanas, en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Una de las condiciones para poder tener acceso a ese Programa es una adecuada protección de la propiedad intelectual, conforme a los estándares requeridos por la Organización Mundial del Comercio. La calificación sobre el grado de cumplimiento de cada uno de los potenciales países beneficiarios se hizo en la segunda quincena del mes de julio de este año y la determinación final se hará a finales del mes de septiembre. Es por ello que la aprobación de la Ley de Propiedad Industrial y las Modificaciones a la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos es prioritaria para Guatemala.*

*¿Qué efectos tendría la no aprobación de estas leyes o la aprobación de un estándar de protección menor al requerido en el Acuerdo de los ADPIC? A manera de ilustración de los efectos que podría tener una inadecuada protección de los derechos intelectuales, se puede tomar como ejemplo el caso de Guatemala, que es el único país centroamericano que no ha realizado cambios suficientes a su normativa en propiedad intelectual, especialmente en lo que respecta a la protección procesal a los derechos que de esa categoría de propiedad se derivan.*

*Según estimaciones de SIECA para 1999, del total de las exportaciones de Guatemala hacia los Estados Unidos, aproximadamente el 50% de ellas ingresaron con trato preferencial bajo los esquemas del Sistema Generalizado de Preferencias y la Iniciativa de la Cuenca del Caribe, con un valor aproximado de \$500 millones. De acuerdo con la misma fuente, el establecimiento de empresas exportadoras cuyos productos están acogidos a dichos beneficios ha generado empleo a más de un millón de personas. Independientemente de que, en el marco de la OMC se pueda iniciar un procedimiento de solución de diferencias para establecer el grado de cumplimiento del país respecto al Acuerdo de los ADPIC, la totalidad de las exportaciones realizadas bajo el esquema de preferencias arancelarias podrían ser excluidas de estos beneficios, lo que equivale a decir que tendrían que pagar los aranceles establecidos para todos los países a quienes no se les aplica el tratamiento preferencial. Esto se traduciría en la pérdida de competitividad de esas exportaciones y su desplazamiento de mercados importantes, lo que a nivel nacional se traduciría en desempleo, cierre de empresas, migración de capitales y mayor desequilibrio económico. Adicionalmente, el no contar con una adecuada legislación sobre el tema, pone en riesgo los beneficios que Guatemala puede*

---

obtener en el marco del Programa de Ampliación de los Beneficios de la Iniciativa de la Cuenca del Caribe. Según el documento "¿QUE SIGNIFICA LA AMPLIACION DE BENEFICIOS PARA LOS PAISES DE LA CUENCA DEL CARIBE?", sólo en El Salvador dicho Programa hará posible, en los primeros años, la generación de 50 mil nuevos puestos de trabajo y un incremento en las exportaciones de aproximadamente \$1,000 millones. Beneficios similares podría obtener Guatemala. (Rodas Melgar, 2001: extractos, énfasis añadido)

<sup>110</sup> Como señala Daniel Gervais:

The Uruguay Round package of agreements, including the TRIPS Agreement, was signed in Marrakech in April 1994 and the WTO officially came into being on January 1, 1995. [102] The TRIPS Agreement entered into force on the same date, although transitional periods of various durations gave WTO members time to adapt their national intellectual property regime to the "new world order." [103] This result is nothing short of astonishing. Given the sluggish pace and partial coverage of intellectual agreements negotiated between 1883 and 1994, it is amazing indeed that in less than four years -- the bulk of the work was actually done in less than one year--a new multilateral agreement covering all forms of intellectual property, including forms never previously covered by an international agreement could be adopted. (Gervais, 2002:6)

<sup>111</sup> Como señalan May y Sell:

At the core of TRIPS is a particular set of norms regarding the treatment of knowledge as property. These norms underpin the entire agreement and are based on the notion that the private ownership of knowledge as property is a major spur to continued economic development and social welfare (May y Sell, 2006:175)

<sup>112</sup> Esta reacción se expresa en el Manifiesto GNU:

Muchos programadores están descontentos con la comercialización de software de sistema. Esta puede permitirles ganar más dinero, pero les requiere sentirse en conflicto con otros programadores en general en vez de sentirse como camaradas. El acto fundamental de amistad entre programadores es el compartir programas; ahora se usan típicamente arreglos de marketing que en esencia prohíben a los programadores tratar a otros como sus amigos. El comprador de software debe escoger entre la amistad y la obediencia a la ley. Naturalmente, muchos deciden que la amistad es más importante. Pero aquellos que creen en la ley a menudo no se sienten bien con ninguna de las dos opciones. Se vuelven cínicos y piensan que la programación es sólo otra forma de hacer dinero...No puedo en buena conciencia firmar un acuerdo de no divulgación [nondisclosure agreement] o un acuerdo de licencia de software." (Stallman, 1985)

<sup>113</sup> El Manifiesto puede encontrarse fácilmente en la web. Por ejemplo, está disponible en: <http://www.gnu.org/gnu/manifesto.html>

<sup>114</sup> En efecto:

GNU, which stands for Gnu's Not Unix, is the name for the complete Unix-compatible software system which I am writing so that I can give it away free to everyone who can use it. Several other volunteers are helping me. Contributions of time, money, programs and equipment are greatly needed. (Stallman, 1985)

<sup>115</sup> En este sentido:

GNU is not in the public domain. Everyone will be permitted to modify and redistribute GNU, but no distributor will be allowed to restrict its further redistribution. That is to say, [proprietary](#) modifications will not be allowed. I want to make sure that all versions of GNU remain free.(Stallman, 1985)

<sup>116</sup> Actualmente, se utiliza la GPLv3. El texto puede consultarse en:

<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>

<sup>117</sup> Así lo dice el preámbulo de la GPL:

---

Developers that use the GNU GPL protect your rights with two steps: (1) assert copyright on the software, and (2) offer you this License giving you legal permission to copy, distribute and/or modify it. (GPL, Preámbulo)

<sup>118</sup> Disponible, entre otros, en: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.es.html>

<sup>119</sup> En este sentido:

...con la GPL se asegura que trabajos fruto de la cooperación y de la inteligencia colectiva no dejen nunca de ser bienes públicos libremente disponibles y que cualquier desarrollo derivado de ellos se convierta como por ensalmo en público y libre. La GPL se comporta de un modo “vírico” y, como un rey midas del software, convierte en libre todo lo que toca, es decir, todo lo que se deriva de ella (Vidal, 2000:52).

<sup>120</sup> En efecto:

Like the Free Software Movement, we believed this device would help open a space for creativity freed of much of the burden of copyright law. But unlike the Free Software Movement, our aim was not to eliminate “proprietary culture” as at least some in the Free Software Movement would like to eliminate proprietary software. (Lessig, 2005b)

<sup>121</sup> Así lo señala el mismo Lessig: “We stole the basic idea from the Free Software Foundation — give away free copyright licenses.” (Lessig, 2005)

<sup>122</sup> Veremos que esto, lejos de ser un detalle, favoreció el aprovechamiento del software libre por parte de las empresas.

<sup>123</sup> Como explica Lessig:

These four options — when each is an option — produce 11 possible licenses. But when we saw that 98% of our adopters chose the “attribution” requirement, we decided to drop attribution as an option. That means we now offer 6 core licenses:

1. Attribution (use the work however you like, but give me attribution)
  2. Attribution-ShareAlike (use the work however you like, but give me attribution, and license any derivative under a Share Alike license)
  3. Attribution-NoDerivatives (use the work as is, and give me attribution)
  4. Attribution-NonCommercial (use the work for noncommercial purposes, and give me attribution)
  5. Attribution-NonCommercial-NoDerivatives (use the work for noncommercial purposes, as is, and with attribution)
  6. Attribution-NonCommercial-ShareAlike (use the work for noncommercial purposes, give me attribution, and license any derivative under a ShareAlike license)
- (Lessig, 2005)

<sup>124</sup> Influenciados por las teorías autonomistas italianas (Lazzaratto y Negri, 2001, Negri, 1999, Negri y Hardt, Virno, 2003a, 2003b, Lazzaratto, 1996) y, en última instancia, por el posestructuralismo francés (Deleuze, 1995, 2005; Deleuze y Guattari, (1998) [1972], (2004)[1980])

<sup>125</sup> La cita de Marx es la siguiente:

Trabajadores libres en el doble sentido de que ni están incluidos directamente entre los medios de producción —como sí lo están los esclavos, siervos de la gleba, etcétera-, ni tampoco les pertenecen a ellos los medios de producción —a la inversa de los que ocurre con el campesino que trabaja su propia tierra, hallándose, por el contrario, libres y desembarazados de esos medios de producción. (Marx, 1996 [1873]: Tomo I, 893)

<sup>126</sup> Es decir, asumiendo que el autor desconoce, no quiere o no sabe ejercer los derechos de autor que le asisten desde el momento de la fijación de la obra.

<sup>127</sup> Como resume una nota del portal Slate:

This month, [SAP's](#) Shai Agassi referred to open-source software as "[intellectual property socialism](#)." In January, Bill Gates suggested that [free-software developers are communists](#). A few years earlier, Microsoft CEO Steve Ballmer called the open-source

---

operating system Linux "[a cancer](#)." Considering what these guys say in public, I wonder what dark words they utter in private—that al-Qaida uses open-source software to plot terrorist attacks? (Penenberg, 2005)

<sup>128</sup> En este sentido

Algunas grandes empresas han comenzado a contratar hackers (lo cual no es nuevo) para llevar a cabo desarrollos de software libre (esto sí lo es). Trabajos que antes se hacían sin interés económico directo ahora empiezan a estar financiados por empresas. Proyectos cuya motivación era la necesidad o el deseo de los hackers y de la comunidad de usuarios de software libre, ajena al mercado, ahora pueden empezar a estar condicionados por las necesidades, los ritmos y las prioridades de las empresas que financian esos proyectos. Modestos negocios que basaban sus ingresos en servicios relacionados con el software libre se han convertido de la noche a la mañana en grandes empresas que han salido a bolsa con capital-riesgo. Algunas empresas que basan su negocio en el software libre se están dedicando a comprar empresas más pequeñas y a su vez son compradas por otras mayores, produciéndose la creación de grandes emporios. Ese trajín de compraventa incluye sitios estratégicos para la comunidad como medios de comunicación o repositorios de software: Andover compra Slashdot y Freshmeat; VA Linux compra Andover; RedHat compra Cygnus, etc. (Vidal, 2000: 63)

<sup>129</sup> Los indicadores de popularidad de los lenguajes corresponden a febrero de 2010 y pueden hallarse en: <http://www.tiobe.com/index.php/content/paperinfo/tpci/index.html>. Una definición metodológica precisa puede encontrarse en : [http://www.tiobe.com/index.php/content/paperinfo/tpci/tpci\\_definition.htm](http://www.tiobe.com/index.php/content/paperinfo/tpci/tpci_definition.htm)

<sup>130</sup> Así lo reportaba un informe

Speaking at an HP storage conference in Amsterdam earlier this week, HP CEO Carly Fiorina revealed that HP had raked in \$2 billion last year in Linux-related revenue. HP expects its Linux business to continue to grow, according to Judy Chavis, the firm's worldwide Linux director. "Linux is a key corporate focus for HP," she says. "Every single business unit, whether it be hardware or software, has a Linux roadmap and Linux deliverables."

Most of HP's Linux revenue so far comes from selling hardware running Linux, along with support. Linux itself may be available for free, says Chavis, "but customers who are running their businesses on it are willing to pay for the value-add of services and support. They want to be able to call somebody who has expertise when they're in a panic and they need a patch."

HP, which says it has 5,000 employees trained in Linux, is adding a program to certify on Linux more than 500 consultants in the company's global services organization.

In the future, an increasing amount of HP's Linux-related revenue will probably come from software, according to Chavis. At this week's LinuxWorld show in New York, the company announced that its HP Serviceguard high-availability clustering product, to date only available on HP-UX, now runs on Linux. (Orzech, 2003)

<sup>131</sup> La dirección específica en la que se consignan los datos de los ingresos de Red Hat es: <http://www.softwaretop100.org/red-hat>

<sup>132</sup> La dirección específica en la que se consignan los datos de los ingresos de Red Hat es: <http://www.softwaretop100.org/red-hat>

<sup>133</sup> Así lo señala su información corporativa:

Red Hat grew, partly through acquisition of Cygnus Solution (1999), JBoss (2006) and Qumranet (2008). Cygnus provided commercial support for free software. With the JBoss acquisition, Red Hat expanded its product portfolio with middleware outside of Linux. Qumranet offers a virtualization platform for enterprises. Red Hat holds strictly to the

---

open source development model, convinced that it produces better quality software for customers. Red Hat generates revenue through subscriptions and support. Subscription revenue accounts for around 85% of total revenue. The company also generates revenue with training and services. Red Hat is now the world's leading open source Linux provider and one of the fastest growing tech companies in the US. The company has over 2,800 employees and 65 offices in 28 countries.(Software Top 100, 2010)

<sup>134</sup> Desafortunadamente, si algunos fanáticos del software libre ven sólo el aspecto contestatario, los marxistas portadores de méritos mucho menos claros que los de Stallman, como el de la cita, sólo ven la apropiación incluyente, pero no la creación de una esfera pública no estatal.

<sup>135</sup> Nótese que aquí nos ocupamos del aspecto regulatorio (CSI Normativo) de los procesos productivos que, en términos organizacionales (CSI Organizacionales), habíamos descrito en el Capítulo XI del volumen II como Producción Colaborativa.

<sup>136</sup> Más allá de los innegables méritos teóricos y aún taxonómicos que asisten al trabajo de Gervais, no podemos evitar un comentario sobre él. Al igual que en los textos de Lawrence Lesig, la intencionalidad política parece estar puesta en favorecer la reutilización por parte de los usuarios de los contenidos bajo copyright. A los autores les interesa particularmente proteger la posibilidad del mash up: que nadie impida que se utilice un video de Bush par una parodia, que no se reprima la combinación de fragmentos de distintos temas musicales, etc. No hay nada de malo en ello. El problema radica en que no se preocupan con un énfasis de ningún modo similar por las ganancias que hacen las empresas de la web 2.0 –tan amigas del lucro como las grandes discográficas o las productoras cinematográficas-. Justamente por eso, es que aquí ponemos el énfasis en este punto. A la hora de celebrar la posibilidad de colaborar de los individuos, es fácil encontrar muchos textos, excelentes por demás. Pero en el momento de preguntarse por la relación de este fenómeno con la dinámica capitalista, la vocación crítica escasea.

<sup>137</sup> Aunque las ganancias operativas de YouTube son recientes, la compañía se vendió en 2006 por 1650 millones de dólares a Google. Esta cifra es una bicoca, comparada con los ingresos que Mark Mahaney del CitiGropu le adjudica al portal de videos: U\$S 727 millones en 2009 y U\$S 945 millones en 2010 (estimado Ostrow, 2010).

<sup>138</sup> Como señala una nota de la BBC respecto de Chad Hurley, fundador de You Tube:

YouTube has repeatedly clashed with film studios and music publishers over copyrighted material that has been uploaded to the website. The company says that it is quick to remove copyrighted material on the site that has been brought to its attention. Since the takeover by Google, YouTube has also negotiated a string of deals with large media groups, which also involve some revenue sharing.(Weber, 2007)

<sup>139</sup> Naturalmente, una diferencia que hay que mencionar es que los usuarios suben sus contenidos voluntariamente, mientras las compañías titulares de derechos de autor ven como otros lo han hecho sin su consentimiento. Con todo, ese no es el punto clave desde nuestra perspectiva, sino el del origen de las ganancias de la empresa –YouTube, en este caso-.

<sup>140</sup> La misma nota de la BBC señala que Hurley reconoce los beneficios para You Tube de no haber compartido las ganancias con los autores de los contenidos:

Mr Hurley said the fact that YouTube had not had a revenue sharing model was one of the reasons for its success, as that had allowed the website to focus on its key strength, making it easy to share videos with others. .(Weber, 2007)

<sup>141</sup> En efecto:

---

YouTube founder Chad Hurley confirmed to the BBC that his team was working on a revenue-sharing mechanism that would "reward creativity". The system would be rolled out in a couple of months, he said, and use a mixture of adverts, including short clips shown ahead of the actual film. (Weber, 2007)

<sup>142</sup> Por ejemplo:

...some of that extra revenue might be kicked back to the content maker(s) to give him/her/them more incentive to make even more and/or better content. The flaw in the model is this: You post some pictures. Certain types of pictures get a lot of comments and views. You use that feedback to change the way you take and post pictures, taking and posting the kinds of pictures your "fans" seem to like (don't laugh, this goes on every day on flickr). There's nothing wrong with this but it cuts across what most of the comments above this one seem to feel about how great flickr is as a social network. However, now that flickr has added printing I think it would be fair for them to kick something back to me if I made my photos publicly printable and someone decided to order a print of one. I'd like to see some of that money that flickr is getting for the print. (Richard, en AA.VV., 2005)

I'm sure flickr will eventually have the option where you can print any image on a t-shirt, poster, mousepad, whatever. In that case I do believe flickr should split the revenue with the content owner. Yes, Yahoo is sharing their space but the people posting their content are probably dedicating a lot of their time doing this for what, webspace that's worth not even \$10/month on Dreamhost? Wouldn't it be nice if they actually got a sizeable cut of those profits so they could fully commit their time to their passions and make it their full time job? (Nollind Whachell, en AA.VV., 2005)

<sup>143</sup> Incluso, aquí el asunto es podría verse como más enojoso, porque el aporte del blog, en términos del software que desarrolló, de la inversión que realiza, es modesto, por no decir nulo –a diferencia de las sofisticadas herramientas de Facebook, FLickr o My Space- .

<sup>144</sup> Entre el 96 y el 99%, según Cassin, 2008: 91

<sup>145</sup> En este sentido:

Google comprueba parcialmente este interés por un producto con el sistema AdWords, pero también puede llegar a conocer las preferencias de alguien utilizando los conceptos de búsqueda. Por consiguiente, Google también dispone de un gigantesco tesoro offline: las preferencias y la información de cientos de millones de personas. (Reischl, 2009:55).

<sup>146</sup> Gmail es el producto de email de Google.

<sup>147</sup> En este sentido:

Google also reserves the right to access, read, preserve, and disclose any information as it reasonably believes is necessary to (a) satisfy any applicable law, regulation, legal process or governmental request, (b) enforce this Agreement, including investigation of potential violations hereof, (c) detect, prevent, or otherwise address fraud, security or technical issues (including, without limitation, the filtering of spam), (d) respond to user support requests, or (e) protect the rights, property or safety of Google, its users and the public. (Gmail Privacy Policy, 2004. Disponible en: <http://www.dsreports.com/faq/10396>)

<sup>148</sup> Google ya dio de baja esta información, pero puede consultarse en numerosos sitios, por ejemplo: <http://www.dsreports.com/faq/10396>

---

<sup>149</sup> El texto puede leerse en: <http://www.privacyrights.org/ar/GmailLetter.htm>

<sup>150</sup> Disponible en: <http://gmail.google.com/mail/help/privacy.html>

<sup>151</sup> La actual política de privacidad de Google dice:

Google únicamente comparte los datos personales con otras empresas o particulares que no tienen relación con Google en las siguientes circunstancias:

- Cuando contamos con su consentimiento. Solicitamos que preste su consentimiento para compartir cualquier tipo de información confidencial.
- *Facilitamos dicha información a nuestras filiales y entidades vinculadas y a otras empresas o personas de confianza para que lleven a cabo su tratamiento en nuestro nombre.* Estas entidades deberán llevar a cabo el tratamiento de los datos siguiendo nuestras instrucciones y de conformidad con la presente Política de Privacidad, y deberán adoptar asimismo las medidas de confidencialidad y seguridad que consideremos oportunas.
- Google considera de buena fe que el acceso, el uso, la conservación o la divulgación de esta información es razonablemente necesario para (a) cumplir con las leyes y normativas aplicables, los procedimientos judiciales o los requisitos administrativos; (b) aplicar las Condiciones del Servicio aplicables, incluyendo la investigación de las posibles infracciones que de ello se deriven; (c) *detectar, impedir o abordar casos o problemas técnicos, de fraude o de seguridad por cualquier otro medio; o (d) proteger contra daños inminentes los derechos, la propiedad o la seguridad de Google, sus usuarios o el público en la forma exigida o permitida por la ley.*

Si Google lleva a cabo una operación de fusión, adquisición o cualquier otra forma de venta de la totalidad o cualquiera de sus activos, publicaremos una notificación antes de llevar a cabo la transferencia de los datos personales y de que éstos pasen a estar sujetos a otra política de privacidad. (Google Privacy Policy, 2009. Disponible en: <http://www.google.com/privacypolicy.html>)

No es necesario insistir en que las oraciones marcadas rebosan de ambigüedad.

<sup>152</sup> Nuevamente, la difusa jerga legal deja abierta la trampa en la última oración:

You may organize or delete your messages through your Gmail account or terminate your account through the Google Account section of Gmail settings. Such deletions or terminations will take immediate effect in your account view. Residual copies of deleted messages and accounts may take up to 60 days to be deleted from our active servers *and may remain in our offline backup systems.* (Google Privacy Policy, 2009. Disponible en [mail.google.com/mail/help/privacy.html](http://mail.google.com/mail/help/privacy.html))

<sup>153</sup> En este sentido, Petersen narra un caso temprano de la inquietud de los productores colaborativos:

Another common strategy within Web 2.0 that was also widespread within “1.0” is downright exploitation, which became evident with the case from AOL. In 1999 seven of the 13,000 volunteers of AOL, working to keep AOL’s community vibrant and living, started questioning whether they should get paid for their work. Two of the seven filed a complaint against AOL in a federal court in New York (Margonelli, 1999). The U.S. Department of Labor investigated the case but came to no conclusions and closed their investigation in 2001. (Petersen, 2008:6)

<sup>154</sup> En la nota, sin firma de autor, se lee:

Privacy rules lean towards treating **personal information as a property right**. A reasonable presumption might be that the trail of data that an individual leaves behind and that can be traced to him, from clicks on search engines to book-buying preferences, belong to that individual, not the entity that collected it. Google’s “data liberation”

initiative mentioned earlier in this report points in that direction. That might create a market for information. Indeed, “data portability” stimulates competition, just as phone-number portability encourages competition among mobile operators. It might also reduce the need for antitrust enforcement by counteracting data aggregators’ desire to grow ever bigger in order to reap economies of scale.(The Economist, 2010)

<sup>155</sup> Como señalan en su sitio:

OpenBusiness is a platform for the exploration and analysis of business trends accelerated by the dis-intermediating power of the Internet. Areas covered range from Open Source Software, Web 2.0, Crowd Sourcing, Co-Creation to Open Innovation. (Open Business About, en <http://www.openbusiness.cc/about/>)

<sup>156</sup> El autor de La Catedral y el Bazar, a cuya curiosa historia personal hicimos referencia en algún nota al pié del Capítulo VI, reconoce y estimula una de las ideas básicas de la Apropriación Incluyente.

11.-"Lo más grande, después de tener buenas ideas, es reconocer las buenas ideas de sus usuarios. Esto último es a veces lo mejor".

Lo que resulta muy interesante es que usted rápidamente encontrará que cuando esta absolutamente convencido y seguro de lo que le debe a los demás, entonces el mundo lo tratará como si usted hubiera realizado cada parte de la invención por si mismo, y esto le hará apreciar con modestia su ingenio natural. ¡Todos podemos ver lo bien que funcionó esto para el propio Linus! (Raymond, 2004: 10)

<sup>157</sup> Naturalmente, para que esta modalidad funcione, *es necesario que el aporte de cada usuario sea mayor que el costo marginal para las empresas de darle acceso a los bienes informacionales en cuestión*. Consecuentemente, las grandes cantidades son un requisito para esta modalidad: en ese caso los costos marginales tienden a 0 y las posibilidades de hacer negocios con las masas de conocimientos aumentan notablemente.

<sup>158</sup> Por ejemplo:

Gráfico nro. IXn1  
Algunas patentes de Google

Título	Nro registro USPTO
Determining Advertisements Using User Behavior Information such as Past Navigation Information	20060224587
Accelerating User Interfaces by Predicting Users Actions	20060047804
Systems and Methods for Modifying Search Results Based in a User’s History	20060224582
Systems and Methods for Analyzing a User’s Web History	20060224583

Fuente: Reischl, 2008:49.

<sup>159</sup> En este sentido:

Cloud Computing has been talked about, blogged about, written about and been featured in the title of workshops, conferences, and even magazines. Nevertheless, confusion remains about exactly what it is and when it’s useful. (Armbrust et al, 2009:3).

<sup>160</sup> De manera a nuestro entender desafortunada, se le llama a la primera modalidad “nube privada” y a la segunda “nube pública” (Armbrust et al, 2009). Las dos son privadas, sólo que en la primera hay un solo agente privado interviniendo y en la segunda hay al menos dos.

<sup>161</sup> Aunque no es el tema de este trabajo, sino de una investigación que estamos desarrollando en paralelo, cabe hacer aquí un comentario sobre los servicios, los bienes, y los bienes



---

informativos en particular. Da la sensación de que el movimiento hacia la Computación en la Nube les haría a los sistemas estadísticos un gran favor, consistente en acomodar la realidad a las categorías preseteadas. En efecto, en la mayor parte de los casos el lector se encuentra con el disparate de ver clasificado al software empaquetado en la categoría de Servicios (para una aclaración de los términos Bienes y Servicios, vid. Hill, 1997). Pero la computación en la nube lograría, afortunadamente, enmendar este entuerto: el software se proveería como servicio. No obstante, ni aún en ese caso la categoría servicios funcionaría de manera clara para dar cuenta de los outputs de los procesos productivos en cuestión. En realidad, esos procesos arrojan *bienes*, específicamente, bienes informativos *que las empresas mercantilizan como servicios*. Así, en el caso de que el software sea producido por la empresa que lo alquila –como es el caso de Google, Microsoft, etc- seguimos hablando de bienes: entes que no se agotan en el momento de su consumo, sobre los que pueden asignarse derechos de propiedad y, en este caso particular, que pueden copiarse con costos cercanos a 0.

<sup>162</sup> Con el término regulaciones nos referimos a licencias, leyes, reglamentos, etc. Con la frase modalidades regulatorias, en cambio, aludimos a la combinación de distintas regulaciones en un esquema empírico determinado.

<sup>163</sup> Usando el término “público” en el sentido que suele tener en algunas ciencias sociales, pero no en el del derecho. Estrictamente, no nos referimos aquí al “dominio público”.

<sup>164</sup> Cada vez que hemos hecho un resumen excesivo, hemos traicionado a ese postulado epistemológico. Por supuesto, esas claudicaciones cotidianas se ven favorecidas por los rasgos que viene asumiendo, crecientemente, la comunicación científica que enmarca nuestra actividad. Las normas de esa comunicación, claro está, no son filosóficamente ingenuas o azarosas: son hijas de una mezcla de kantianismo desabrido y empirismo sajón que se anudan en la jaula de hierro de la racionalidad weberiana. Esa jaula toma la forma de las instituciones financiadoras de la investigación y sus barrotes están hechos del resultadismo cuantitativista. El único lugar para plantear de manera completa nuestra perspectiva teórica es este, el de una tesis doctoral.

<sup>165</sup> Algo similar ocurre con los intentos de Deleuze, Negri, Hardt, Lazzarato y otros autores de asociar la manipulación de afectos a la etapa actual. Para que esa idea tuviera sustento habría que demostrar –y no sólo declamar- que en etapas anteriores del capitalismo (y aún en otros modos de producción) los afectos ocupaban un rol *cualitativamente menos importante* en el funcionamiento del sistema. Nos permitimos dudar de los argumentos en favor de esa idea, aunque no de la necesidad de encarar investigaciones en este sentido que trasciendan la especulación filosófica.

<sup>166</sup> Hay que insistir en lo dicho en el capítulo III: las regulaciones del Acceso a los conocimientos (CSI Normativos) son una parte de la totalidad que conforma la CMC, y no un fenómeno externo a ellas. No determinan ni son determinadas, sino que interactúan dialécticamente con ellas. Ofrecen, sin embargo, la posibilidad de ser estudiadas de manera más prístina que otros flujos de conocimientos.