#### Maestría en Propiedad Intelectual-FLACSO

# Una tipología de las teorías sobre la Propiedad Intelectual Justificaciones y críticas

Maestría en Propiedad Intelectual- FLACSO Dr. Mariano Zukerfeld FSOC-UBA-CONICET marianozukerfeld@gmail.com

# Esquema de la presentación

- Justificaciones
  - a) Los cuatro argumentos básicos
  - b) Los argumentos en la práctica real: legislaciones, fallos y doctrinas
  - c) Los argumentos en dos ejercicios ficticios
- Críticas
  - a) Críticas Internas: Los argumentos enfrentados
  - b) Críticas Externas: Cinco argumentos contra la propiedad intelectual

# Los cuatro argumentos básicos (1)

Derechos individuales		Bienestar Social	
Trabajo	Personalidad	Utilidad Social	Variedad Cultural
Fundamento Moral		Fundamento Práctico	
Derechos Preexistentes e inalienables		Derechos positivos y limitados	
Analogía directa con la propiedad privada física		Distintos de la propiedad privada física	
Basados en las causas		Basados en las consecuencias	

# Los cuatro argumentos básicos (2)

	ios Iuales	Trabajo	La PI es un premio al <i>sacrificio y al esfuerzo</i> del autor o inventor.
	Derechos	Personalida d	La PI surge de que el autor o inventor manifiesta su ser único -se <i>objetiva</i> - en la obra o invención.
		Utilidad Económica	La PI es un incentivo a la <i>inversión y la innovación</i> , entendidas como motores del desarrollo económico, que, sin estos derechos, se producirían en menor medida -ineficientemente- de lo que necesita la sociedad.
	<b>Bienestar</b> <b>Social</b>	Variedad Cultural	La PI tiene una misión doble, consistente en balancear, por un lado, el estímulo a la producción de ideas por parte de un sector de autores e inventores independientes y, por otro, asegurarse de que esas ideas circulen con la <i>fluidez</i> necesaria en un <i>orden democrático</i> .

# Los Argumentos en la práctica: Ejemplos de leyes, fallos, y doctrinas

(Ejercicio nro. 1)

Explicar como se relaciona cada cita con los distintos argumentos. ¿En cuál o cuáles se apoya y cuál o cuáles se le oponen?

1) "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)

La cita puede encuadrarse en las Teorías del Bienestar Social, tanto las de Utilidad Económica como as de la Variedad cultural

- 2) "Todo lo que la ley requiere es que la invención no sea frívola o injuriosa para el bienestar público o suene inmoral para la sociedad. La palabra "useful", así, está incorporada en la legislación como opuesta a inmoral o maliciosa...pero si la invención evita estas objeciones, que sea más o menos útil es una circunstancia muy propia de los intereses del titular de la patente, pero de ninguna importancia para el público. Si no es útil para otros, será silenciosamente hundida en el desprecio y el descrédito." *Juez Story, Corte Suprema de EE.UU. en Lowell vs Lewis (1819)*
- •El fallo origina el concepto de "inmoral subject matter" y la clave es que rechaza la importancia de las explicaciones utilitaristas. Se puede patentar algo inútil si es moral, pero no se puede patentar algo útil, si es inmoral (ej. Máquinas de apuestas)
- •Parece cercana a la teoría de la Variedad Cultural, en el sentido de que custodia el bienestar no económico de la sociedad.
- •Pero también puede justificarse desde la perspectiva del Trabajo, señalando que lo que se premia es el trabajo del inventor, y no la utilidad del artefacto. Esto, sin embargo, sería contrario a uno de los requisitos de patentabilidad.

3) "Estamos de acuerdo con la Corte de Apelaciones en que el copyright está orientado a incrementar y no a impedir la cosecha de conocimiento. Pero creemos que el segundo circuito atendió insuficientemente al esquema establecido en la Copyright Act para impulsar los trabajos originales que provean la semilla y la esencia de esta cosecha. Los derechos conferidos por el copyright están diseñados para asegurar a los aportantes al depósito de conocimientos un justo retorno por su trabajo"

Corte Suprema de los EE.UU., Harper & Row vs. Nation Enterprises (1985)

- •De manera lineal, aparece la teoría del Trabajo, en la última oración.
- •El fallo parece estar revirtinedo una sentencia de la Corte de Apelaciones basada en la Variedad Cultural
- El espíritu del fallo se apoyo en la Utilidad Económica ("impulsar los trabajos originales")

4) En Bleisten vs. Donaldson (1903) el fiscal solicitaba protección por copyright para carteles de un circo. El abogado defensor exigía que se demostrara cierto nivel de logro artístico. La Corte otorgó el copyright a pesar de las "pretensiones limitadas" de la obra. El juez Holmes escribió: "un grado muy modesto de arte tiene en sí algo irreductible, que es la individualidad de un hombre. Eso debe ser protegido por el copyright, a no ser que haya alguna restricción."

- •El texto refiere al argumento de la personalidad.
- •No importa la originalidad, ni la utilidad, ni el trabajo, ni el bienestar social, sino la expresión de la "individualidad de un hombre"

5) "La ley no ofrece normalmente derechos de propiedad intelectual a los abogados que desarrollan argumentos nuevos y establecen precedentes..."

#### Saul Levmore (1985)

- Evidentemente, la cita no se basa en la Utilidad Económica —los argumentos de los abogados generan utilidad-, ni el Trabajo —pueden haber demandado un gran esfuerzo-, ni la Personalidad —pueden expresar los rasgos únicos de su redactor-
- La cita se apoya en la variedad cultural. Si se generaran restricciones a la reproducción de los argumentos, la circulación de ideas en la sociedad y los valores democráticos se verían amenazados: en particular sufriría la igualdad en el acceso a la justicia.
- De cualquier forma, el párrafo también puede interpretarse desde la teoría del Trabajo, diciendo que no se cumpliría la condición de dejar "tanto y tan bueno para los otros".

6) "ARTICULO 4 - Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean **nuevas**, entrañen una **actividad inventiva** y sean susceptibles de **aplicación industrial**."

Ley 24.481

- La idea de "aplicabilidad industrial" refiere a la Utilidad Económica de manera explícita, las otras dos lo hacen de manera indirecta.
- •La condición de "altura inventiva" alude también a la teoria del Trabajo.

# 7) "En una decisión relativamente famosa la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito sostuvo que un robot, en un comercial, violó el derecho de publicidad de Vanna White. En ese caso, la Corte encontró que el robot era identificable como Vanna White —aunque claramente no se le parecía- por su vestido y poses." Oren J. Warshavsky, The Metropolitan Corporate Counsel February 2006, p.32

- •La cita alude a la teoría de la personalidad, de forma directa
- •Pero también puede relacionarse indirectamente y con más esfuerzo con la utilidad económica —pensando en la inversión en branding de White, la señalización del mercado, con la teoría del trabajo —pensando en el esfuerzo involucrado no en la ropa o la apariencia, sino en construirse como celebrity.
- •La cita es decididamente opuesta a la teoría de la variedad cultural. En cierta medida rechaza la lógica de los usos transformativos, que le es afín.

- Se garantiza la protección del copyright a "...obras originales de autor, fijadas en un medio tangible" pero no a " ninguna idea...corporeizada en esos medios" Sección 102 de la Copyright Act (1976)
- •La distinción entre idea y expresión tiene como base a la teoría de la Variedad Cultural. La no concesión de derechos sobre las ideas permite los usos transformativos.
- •Pero la distinción también puede justificarse desde otras teorías. Desde la del Trabajo, las ideas pueden no haber insumido esfuerzo, pero la expresión particular siempre lo hace.

Desde la de la Personalidad, las ideas pueden verse como originadas en la comunidad, pero la expresión refleja la personalidad individual. Desde la teoría de la utilidad económica, puede argumentarse que se eficientiza la labor de los autores, al abaratar los insumos que utilizan.

- equidad y justicia naturales, que todo autor sea asegurado en la recepción de los beneficios que surgen de la venta de sus trabajos, y que esa seguridad incentive a los hombres cultivados y de genio a publicar sus escritos; lo que honrará a su país, y será un servicio a la humanidad"

  Preámbulo del primer estatuto de Copyright de Connecticut (1783)
- La idea de equidad y justicia natural con la que comienza el texto alude a las teorías de los Derechos Individuales.
- Pero la segunda mitad del párrafo parece referir a la Variedad Cultural.
- •Lo que no aparece es la idea de Utilidad Económica

- (10) "La filosofía económica detrás de la cláusula que da poder al Congreso para conceder patentes y copyrights es la de la convicción de que el estímulo del esfuerzo individual a través de la ganancia personal es el mejor camino para avanzar en el bienestar público a través del talento de autores e inventores . Los días de sacrificio dedicados a...actividades creativas merecen recompensas mensurables en unción de los servicios prestados" *Juez Reed en Mazer vs. Stein (1954)*
- La primera parte es evidentemente utilitarista: estímulo individual, ganancia personal= bienestar público
  El final es la formulación clásica del argumento del trabajo en la jurisprudencia norteamericana: el sacrificio y el esfuerzo como causales de la recompensa.

# Ejercicio nro. II

El fotógrafo, las celebridades en una situación comprometedora y los medios de comunicación.







LA NACION
CRÍTICA
Página/12



Parte	¿ Deben difundirse las fotos?	¿Deben concederse los derechos con exclusividad?
Camarógrafo	Si	Si (a él)
Celebridades	No	No
Empresa empleadora	Si	Si (a la empresa)
-Otras empresas	Si	No
-Público en gral.		

Con esta información realizar el Ejercicio nro II

Parte	Argumento	Teoría
Camarógrafo	El camarógrafo realizó un esfuerzo, utilizó sus recursos y por eso merece que se le concedan derechos de autor.	Trabajo
Estrella	La personalidad de la estrella está en juego en su imagen pública. El derecho de autor del camarógrafo colisiona con el derecho de imagen pública, que debe primar, dado que es anterior a cualquier trabajo e inescindible de la individualidad humana.	
Empresa empleadora		
Otras partes	Debe difundirse, pero permitiendo los usos transformativos para fomentar la diversidad cultural y el orden democrático	

## Una obra de "música contamporánea": 4 33 de John Cage



- •En 1951 el compositor John Cage visitó la camara acústica de la universidad de Harvard para obtener una perspectiva del "silencio total", al llegar ahí se dio cuenta de que en ésta cámara percibía dos sonidos, uno alto y otro bajo, el primero su sistema nervioso y el segundo los latidos de su corazón y la sangre corriendo por sus venas, esto cambió por completo su concepto del silencio, no había manera realmente de experimentar el "silencio" mientras se estuviera vivo.
- Cage compuso en 1952 una de sus obras más conocidas cuya partitura especifica que el intérprete no ejecutará ningún sonido en su instrumento durante los 4 minutos y 33 segundos que dura la obra. Su objetivo era crear un silencio y a través de éste escuchar el sonido que ya se encontraba en la sala de antemano o que se iría desarrollando junto con la obra.
- Para distribuir los silencios en la partitura, utilizó cartas del Tarot

Con esta información realizar el Ejercicio número III

En contra de la protección	Teoría	A favor de la protección
No hay trabajo en la obra.	Trabajo	Proteger el trabajo de concepción. Visita a Harvard en la cámara del silencio
No hay nada personal en el silencio. Incluso el fin de la obra es despersonalizar el silencio mediante el uso del Tarot	Personalidad	La personalidad se expresa en la búsqueda, aunque no se materialice en una obra. Aún las búsquedas del azar son una elección que refleja la personalidad del autor.
La partitura no tiene ninguna utilidad práctica. Los conciertos no tienen sentido	Utilidad Económica	La partitura se vende como objeto de curiosidad La obra se ejecuta y se venden entradas para ella: los consumidores la valoran.
Todo silencio puede ser objeto de litigio bajo acusación de plagio: limita la diversidad cultural	Variedad Cultural	Hay que proteger las creaciones culturales más diversas, sostener a los autores

# Críticas Internas: Las teorías enfrentadas (1)

## Ejercicio número IV

	Críticas		Derechos Individuales		Bienestar Social	
Defensas		Trabajo	Personalida d	Utilidad Económica	Variedad Cultural	
	Trabajo					
Derechos Individuales	Personalidad					
Bienestar	Uilidad Económica					
Social	Variedad Cultural					

# Críticas Internas: Las teorías enfrentadas (2)

	Críticas Derechos Individuales		Bienestar Social			
			Trabajo	Personalidad	Utilidad	Variedad
]	Defensas				Económica	Cultural
		Trab.		¿PI sin trabajo?	-No hay un derecho natural a la PI -¿Limitaciones temporales de los derechos	
	DI	Pers.	¿PI sin personalidad - individuo?		de PI?	
_	B S	Ut. Ec.	- El derecho de propiedad es inalienable - ¿PI sin incremento del bienestar social.?			-Fin extraeconómico -Ut. Ec. puede aumentar restringiendo la circulación de ideas -Dificultad de medida
		Var. Cult.			La Ut Ec es el mejor instrumento ¿Cómo medir variedad cultural?	

# **Críticas Externas:**

# Cinco Argumentos contra toda forma de Propiedad Intelectual

i) Liberal I- Diferencia entre el conocimiento y los bienes materiales

A diferencia de los bienes custodiados por la propiedad física, el conocimiento no se desgasta con su uso y puede expandirse con bajos costos marginales. Por ende, limitar su difusión es un acto contrario a su naturaleza. El conocimiento debe circular tan libremente como sea posible.

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)

#### ii) Liberal II- La economía de mercado contra la Propiedad Intelectual

La propiedad intelectual crea un monopolio. Los monopolios generan ineficiencias en la economía. Las instituciones de mercado pueden lidiar con las externalidades del conocimiento eficientemente sin p r o p i e d a d i n t e l e c t u a l .

La propiedad intelectual combina dos derechos:

"One is the right to own and sell ideas. The other is the right to control the use of those ideas after the sale. The first, sometimes called the right of first sale, we view as essential. The second, which we refer to as downstream licensing, we view as economically dangerous" (Boldrin y Levine, 2002: 2)

Costos del monopolio:

"The fact, however, is that there are several important costs that tend to be overlooked. Apart from the considerable administrative costs and legal expenses associated with patent litigation, perhaps the most obvious economic cost of a patent system is that, in order to create incentives for the production of inventions that otherwise would not have been developed, patents create monopoly privileges over inventions that would have been developed even without the incentive. However, there are other important costs to consider." (Cole, 2001: 89)

# iii)Libertario - La Propiedad Privada Física contra la Propiedad Intelectual

La llamada 'propiedad intelectual' en realidad no es propiedad. Por el contrario, refiere a un conjunto de instituciones jurídicas que impiden el pleno ejercicio de los derechos de propiedad privada. · La violación de la regla de la primera ocupación:

"We see, then, that a system of property rights in "ideal objects" necessarily requires violation of other individual property rights, e.g., to use one's own tangible property as one sees fit. Such a system requires a new homesteading rule which subverts the first occupier rule. IP, at least in the form of patent and copyright, cannot be justified." (Kinsella, 2001: 44)

#### Críticas Externas: cinco argumentos contra la PI

iv) Keynesiano - La intervención estatal y el sistema de recompensas contra la Propiedad telectual

Las fallas del mercado deben compensarse con intervenciones estatales. Los bienes públicos, como el conocimiento, llevan a fallas de mercado no resueltas satisfactoriamente por las instituciones de la PI. Por ende, los conocimientos valiosos para una sociedad deben ser provistos por el Estado, que debe financiar a sus productores -mediante premios o subsidios - y ponerlos en el dominio público.

In a regime with rewards, drugs would be far cheaper and more widely used, all computer software would be free, and electronically recorded materials would be inexpensive, arguably engendering significant increases in consumer welfare. Moreover, there would also be potential gains from enhanced incentives to innovate, as profits from patent and copyright may fall considerably short of consumer surplus. For example, Kremer suggests that studies of the social versus the private returns from research indicate that private profits from research might well be only one-third of the social returns. Because optimal rewards would reflect the social returns, rewards would increase overall incentives to invest. (Shavell y Ypersele: 2001, 545).

# Críticas Externas: cinco argumentos contra la PI

v) La crítica a la Propiedad Intelectual como parte de la crítica a toda forma de Propiedad

El capitalismo se basa en la apropiación privada del trabajo colectivo. La propiedad intelectual ejecuta este principio respecto del conocimiento mediante la privatización del resultado del "general intellect".

Llamativamente, la primera elaboración del " argumento marxista " no es de Marx, sino *de The Economist* 

"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).

#### Resumen:

- Justificaciones
  - a) Los cuatro argumentos básicos
  - b) Los argumentos en la práctica real: legislaciones, fallos y doctrinas
  - c) Los argumentos en dos ejercicios ficticios
- Críticas
- a) Críticas Internas: Los argumentos enfrentados
- b) Críticas Externas: Cinco argumentos contra la propiedad intelectual