

La expansión de la Propiedad Intelectual en el Capitalismo Informacional:

Dr. Mariano Zukerfeld

marianozukerfeld@e-tcs.org

Estructura de la presentación

Introducción

- I. El término *propiedad intelectual*: unificación semántica e institucional
- II. Expansión de la legislación
- III. Expansión de la litigiosidad
- IV. Expansión de la magnitud
- V. Expansión en la duración
- VI. Expansión del alcance
- VII. Expansión de la jurisdicción

- La masificación de los **Bienes Informacionales** en los últimos cuarenta años ha sido el principal factor que ha llevado a una respuesta *path dependence* de las regulaciones capitalistas: la **redefinición** del rol de la **Propiedad Intelectual** y su violenta **expansión** en términos **Semánticos, Institucionales, de Legislación, Litigiosidad, Magnitud, Duración, Alcance y Jurisdicción.**
- Esta expansión es uno de los indicadores de la transición hacia **una nueva etapa** - que trasciende el cambio de *paradigma tecnoeconómico*- y que cabe nombrar como **Capitalismo Cognitivo o Informacional** (Castells, 1997; Rullani, 1999; Boutang, 2000)

En resumen...

Tipo de Bienes	Insumo clave	Forma de Regulación del Acceso	Etapa
Bienes Industriales	Energía/ Materia	Propiedad Privada Física	Capitalismo Industrial
Bienes Informacionales	Información Digital	Propiedad Intelectual	Capitalismo Informacional

➤ Pero ¿qué elementos empíricos hay para afirmar la redefinición y expansión de la propiedad intelectual, más aún, su asociación con los bienes informacionales?

I.
El término
Propiedad Intelectual

Unificación

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 (Enciclopedia Británica)

Gráfico VII.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	Marcas	Secretos Ind	Otros
Finalidad	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	<p><i>Right of publicity</i> Proteger los productos de la personalidad individual</p> <p><i>Traditional knowledge</i> Proteger los productos de una cultura</p>

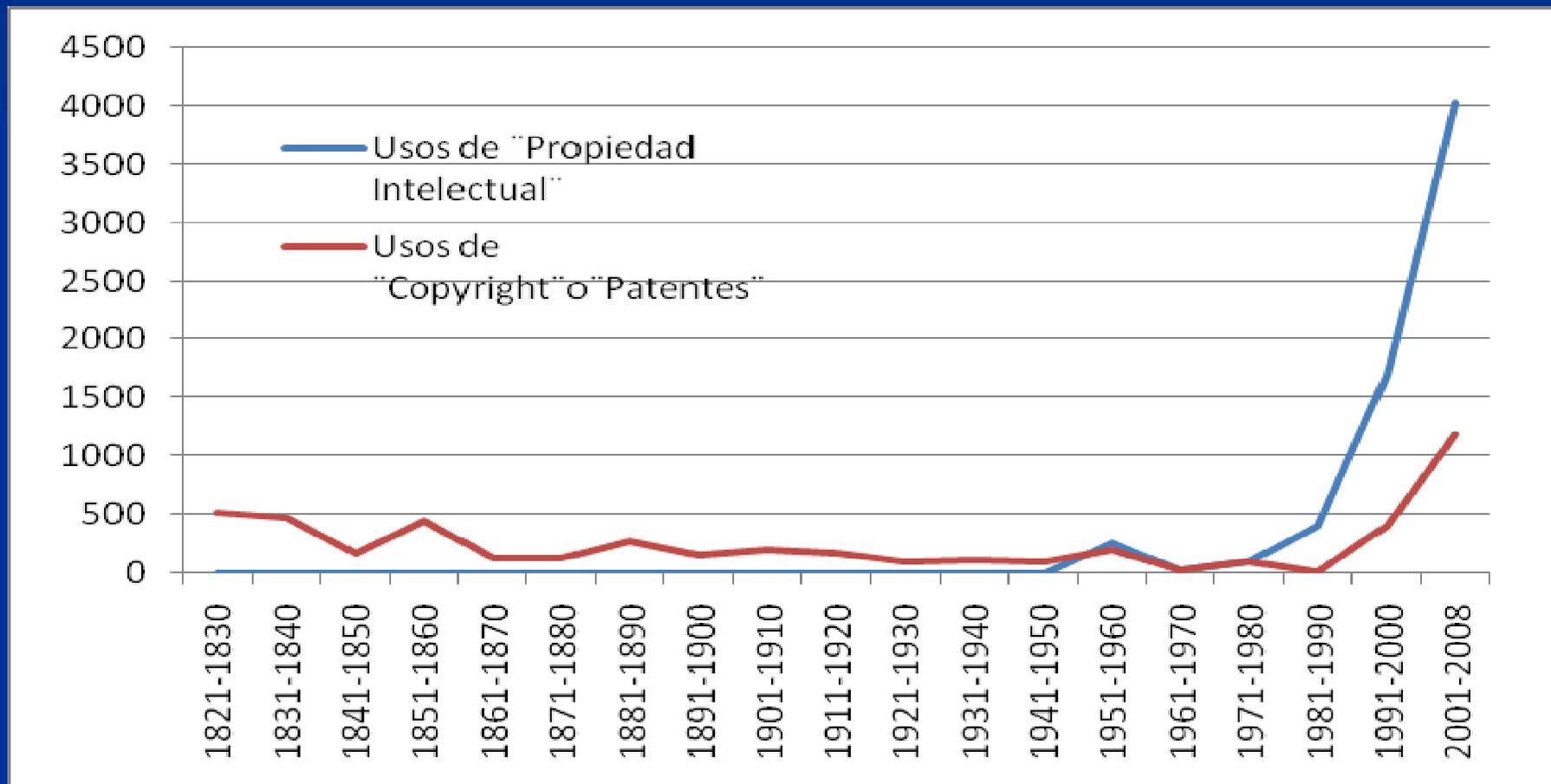
Área social de aplicación	Economía	Cultura	Economía	Economía	<i>Right of publicity</i> Cultura
					<i>Traditional knowledge</i> Cultura
					<i>Bases de datos</i> Economía
Fuente Jurídica	Claúsula Const.	Cláusula Const.	Código de Comercio	Common law	<i>Right of publicity</i> Derecho de privacidad Common law
Duración	Acotada	Acotada	Perpetua	Perpetua	<i>Bases de datos</i> Acotada
					<i>Right of publicity</i> Perpetua

Protección de Forma/ Contenido	Contenido	Forma	Forma	Contenido	<i>Bases de datos</i> Forma
					<i>Right of publicity</i> Contenido
Creación independ.	No	Sí	No	Sí	
Umbral de Creat/ Originalid.	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 legitimat.	Utilitarista	Utilitarista	Utilitarista	Derechos morales	<i>Right of publicity</i> Derechos morales
		Derechos morales			<i>Traditional knowledge</i> Derechos morales

i) Publicaciones Científicas

Gráfico nro. VII.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)

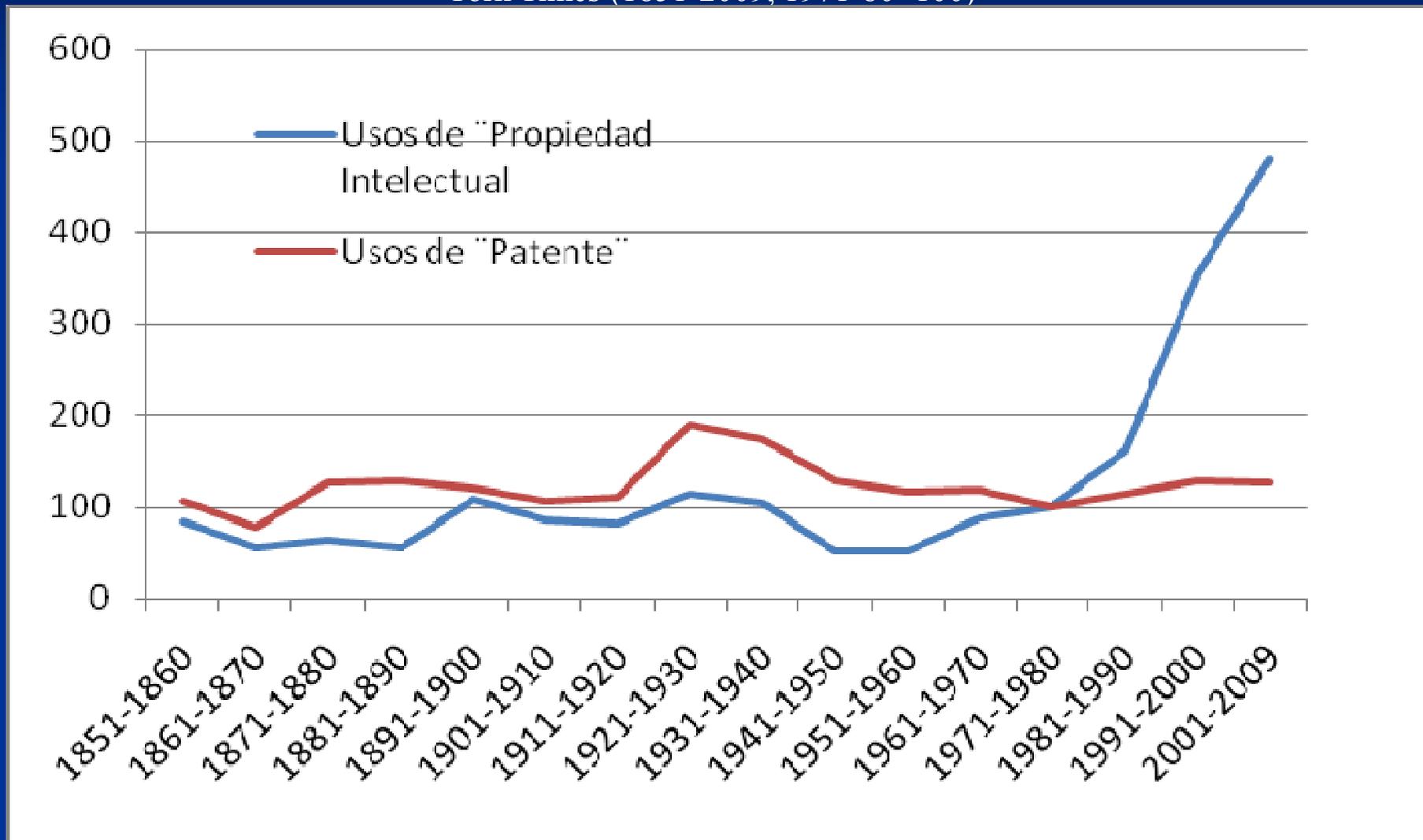


Fuente: Elaboración propia en base a datos de la base de datos Scopus.

ii) Prensa Escrita

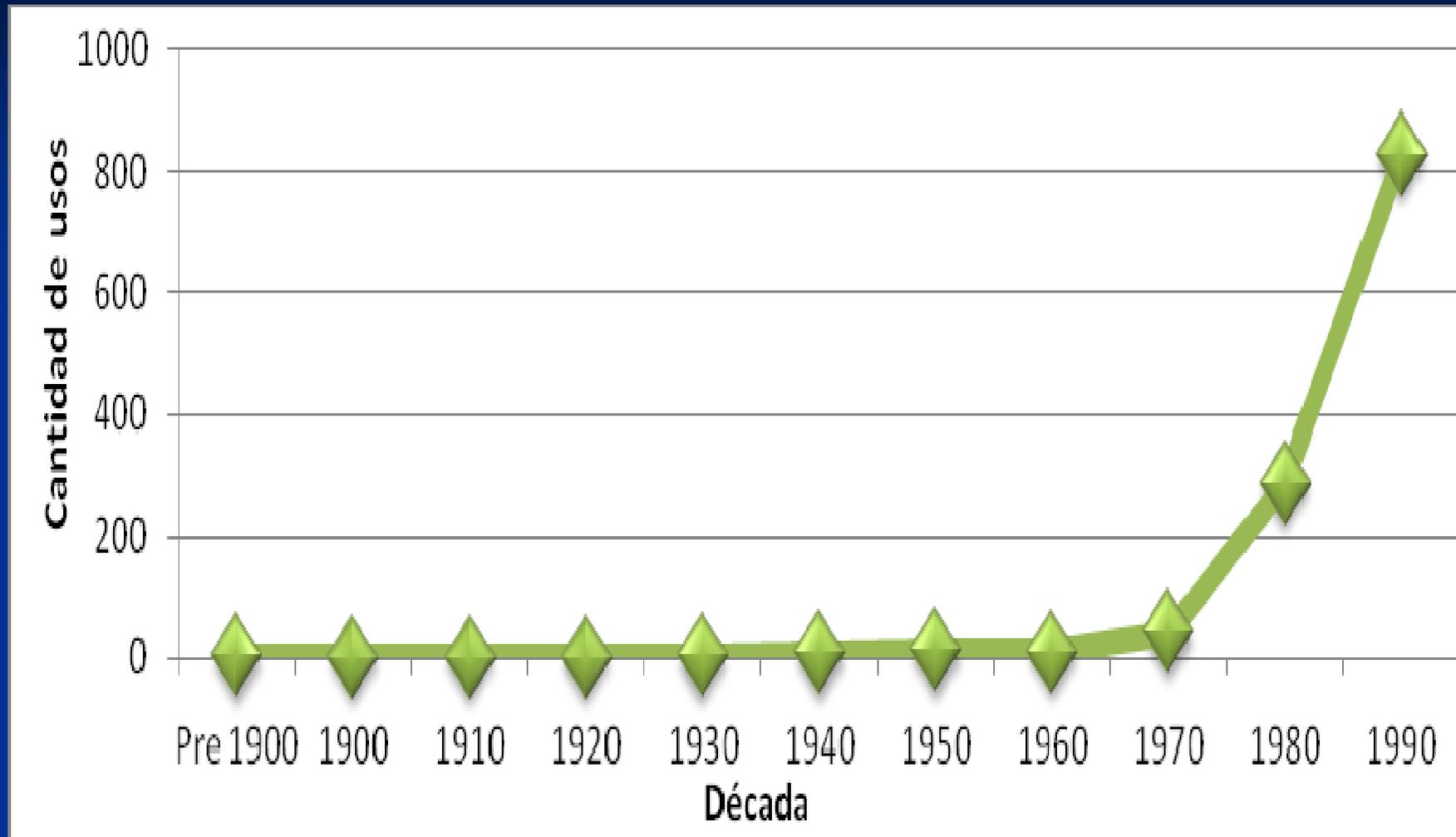
Gráfico nro. VII.3

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



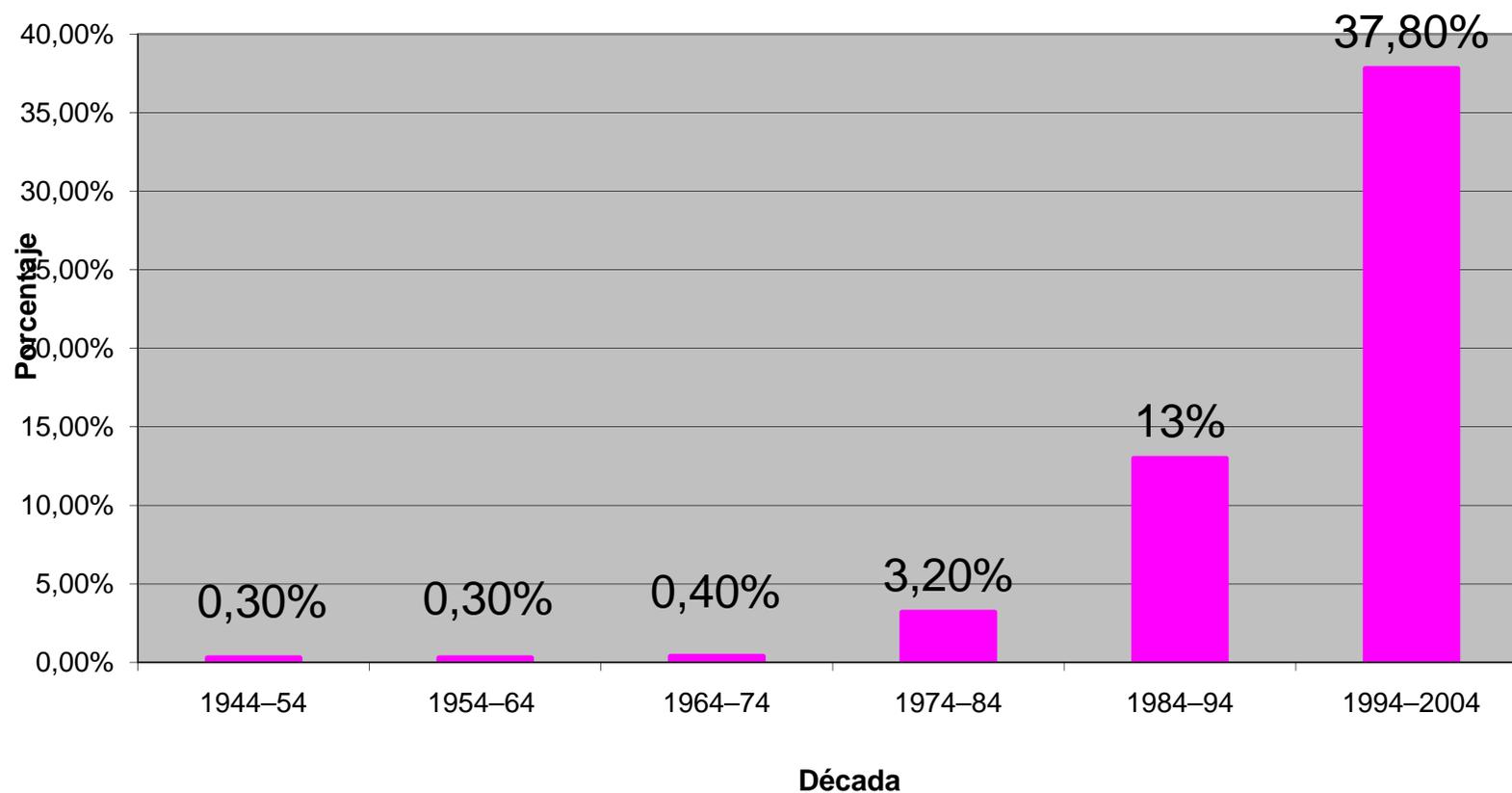
Fuente: Elaboración propia en base al New York Times Article Archive.

iii) Fallos judiciales



Pero, lo que parece un giro semántico ¿no se debe a que, sencillamente, hubo más casos de propiedad intelectual en los últimos años?

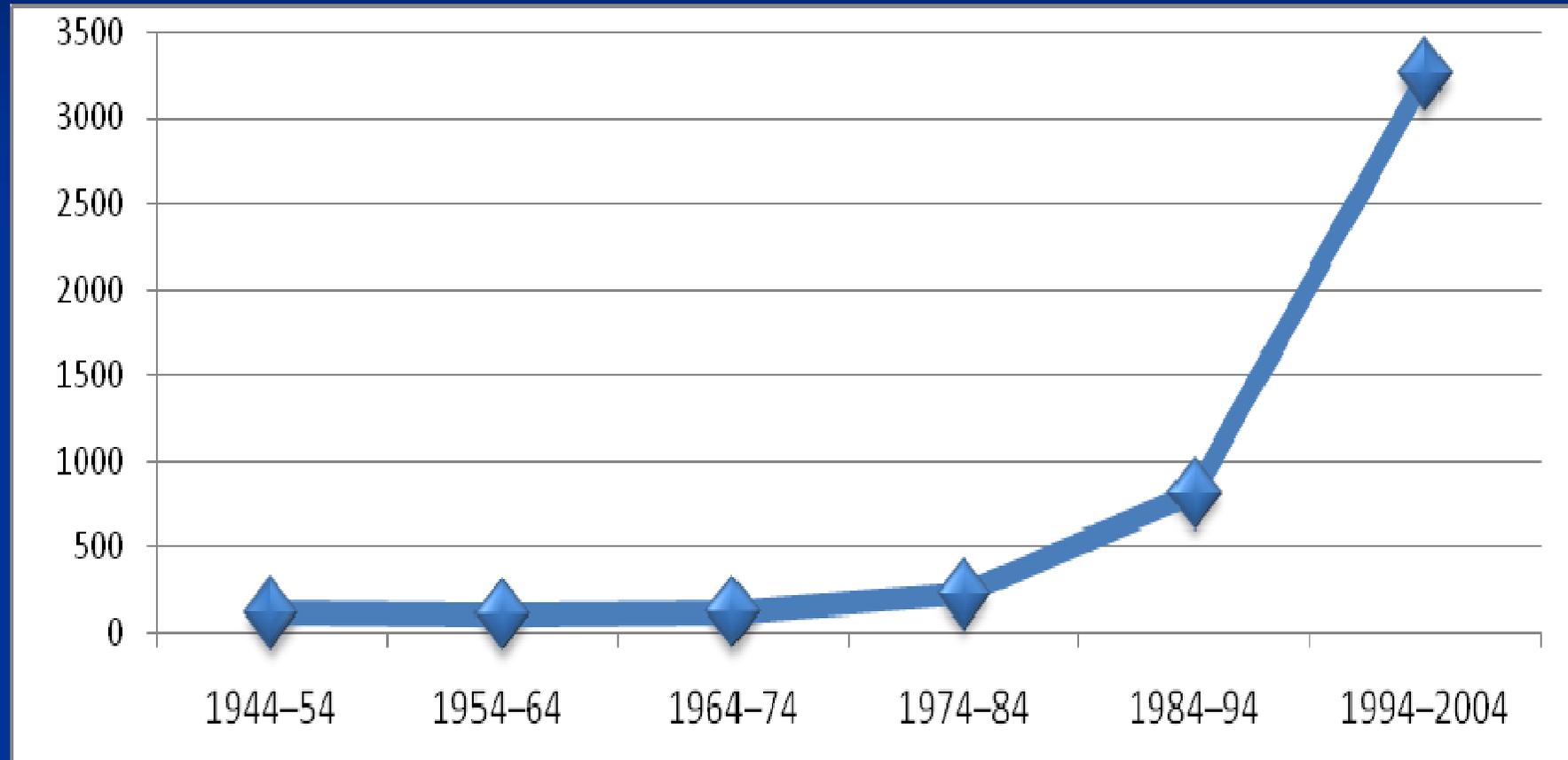
Gráfico nro. 3
Porcentaje de los casos de Patentes, Copyright y Trademarks de las Cortes Federales de EE.UU en los que aparece la expresión "Propiedad Intelectual" (1944-2004)



Propertización

Gráfico nro. VII.7

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

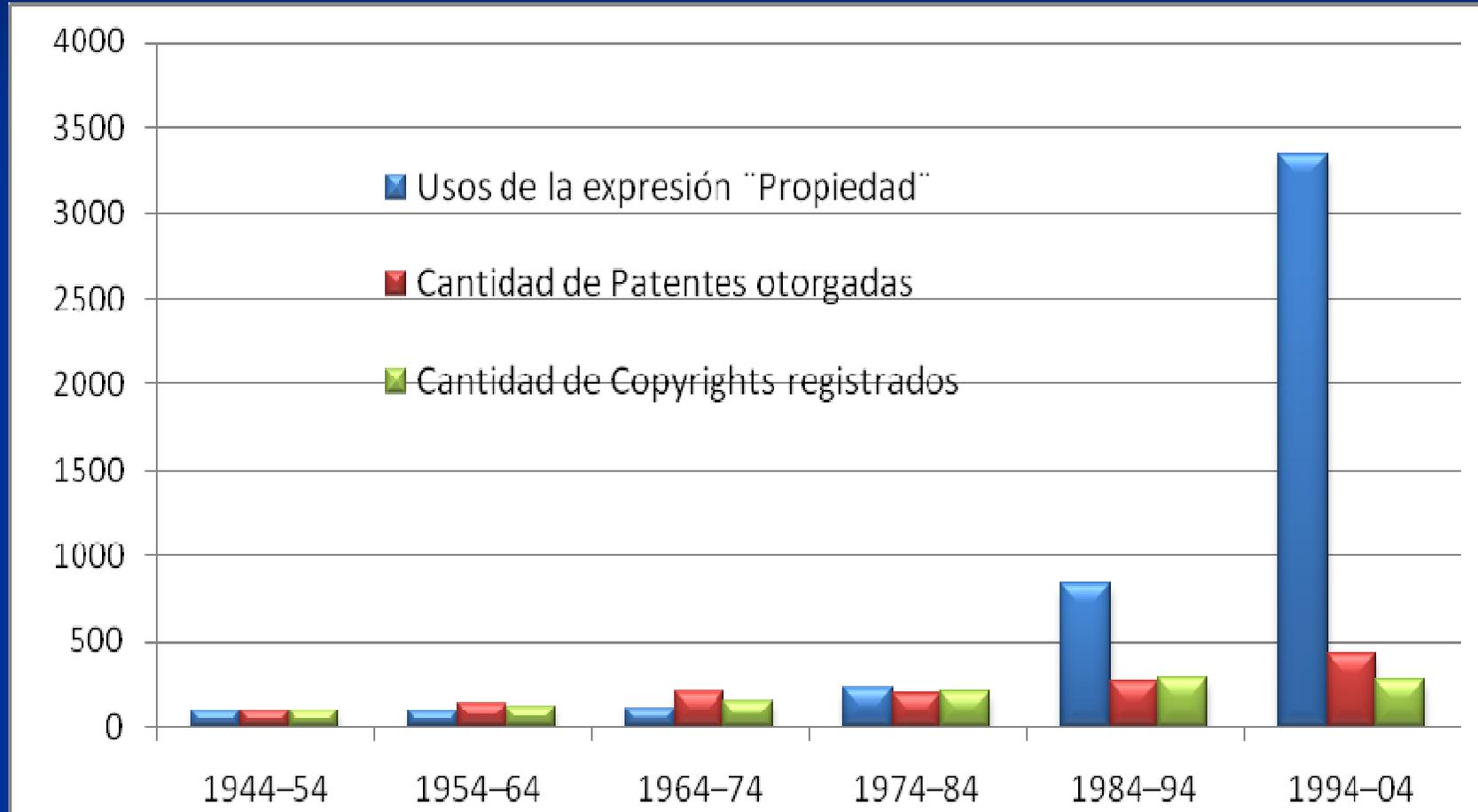


Elaboración propia en base a datos de Hughes, 2006.

¿Pero esto no se debe a la cantidad de registros o a la cantidad de juicios?

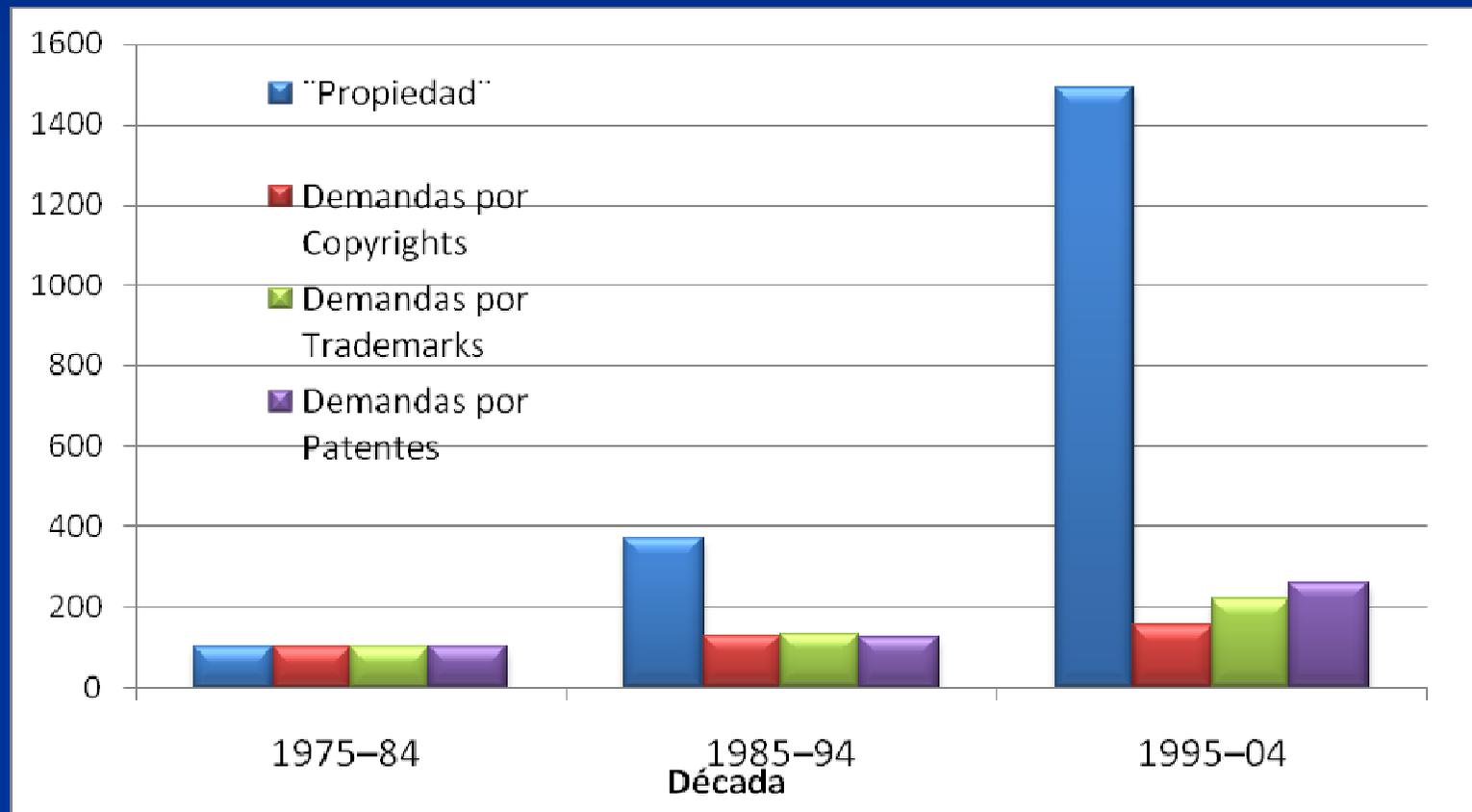
Gráfico nro. VII.8

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.

Gráfico nro.VII.9
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.

Algunos ejemplos cualitativos

“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)

La propertización se aprecia de manera más notable en los 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))

Pero en 1984, *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, Supreme Court, 467, la Corte Suprema consideró que los datos enviados a una agencia gubernamental constituían "propiedad de acuerdo a la quinta enmienda de la Constitución"

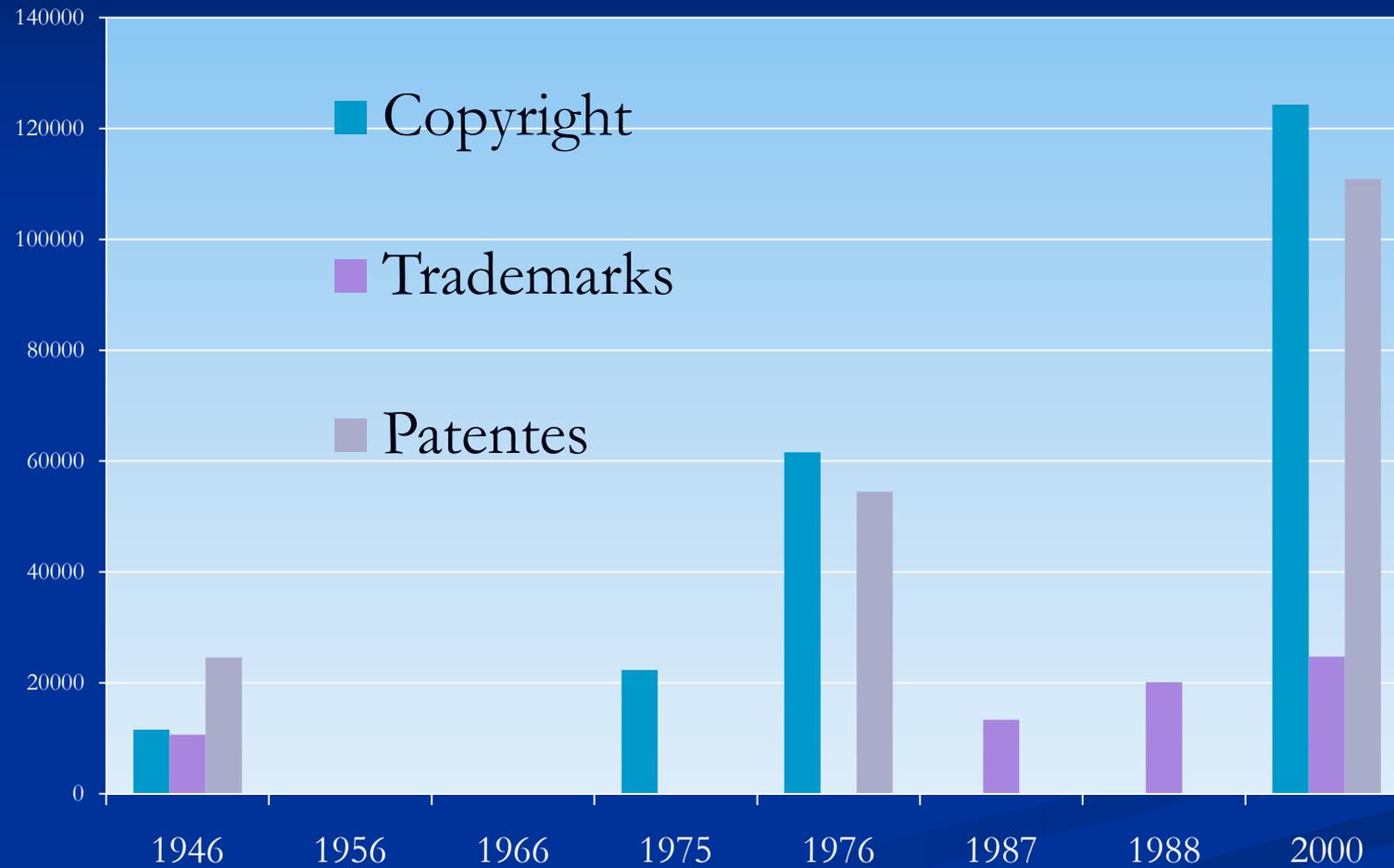
Tipo de DPI	Cita	Fuente	Año
Trademarks	"trademark is in the nature of a property right, and as such it need not yield to First Amendment rights" y "(injunction) is not a case of government censorship, but a private plaintiff's attempt to protect its property rights"	Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd., .2d 200, 206, 2d Cir.	1979
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."	Factors Etc., Inc. v. Pro Arts, Inc. .2d 11 Docket 80-7692. 2 nd 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., .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, .2d 934, 939 (2d Cir.)	1983
Trade secrets	consideró que os datos enviados a una agencia gubernamental constituían "propiedad" de acuerdo a la quinta enmienda de la Constitución	Ruckelshaus v. Monsanto Co., Supreme Court, 467 986 1003-04.	1984

b) Unificación institucional

Unificaciones	Semántica	Institucional	Material
Capitalismo Industrial	Patentes	Tratado de Paris (1893)	Bienes Económicos
	Derechos de autor	Tratado de Berna (1895)	Bienes Culturales
Capitalismo Informacional	Propiedad Intelectual	WIPO (1967) TRIPS (1994)	Bienes Informacionales

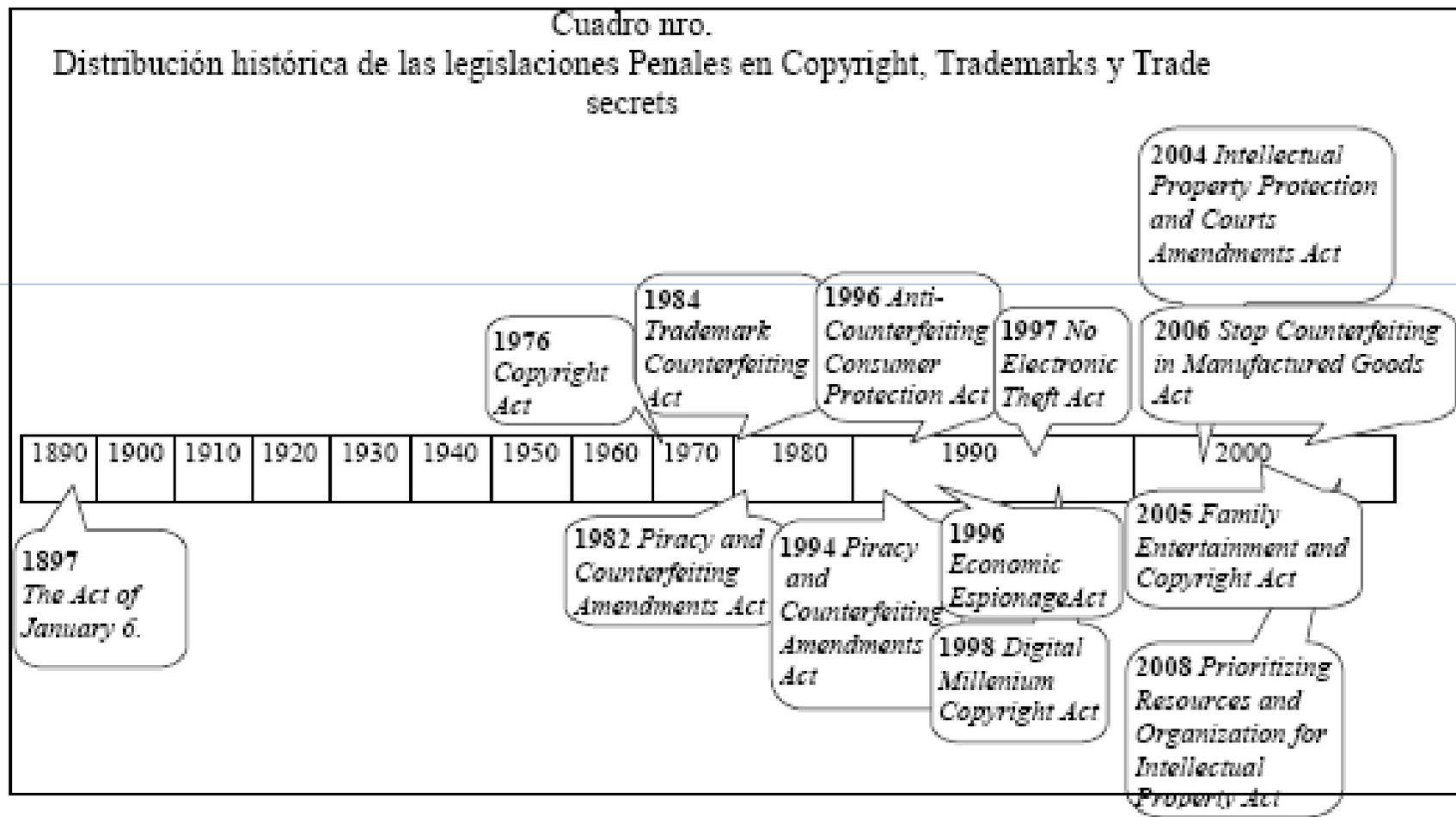
II.
Expansión
de la legislación

Gráfico nro.VIII.11
Cantidad de palabras en el US Code relativas a Copyright, Patentes y Trademarks
(EE.UU.,1946-2000)



Fuente: Landes y Posner, 2004:2

- El análisis de toda la legislación es extenso, pero las **leyes penales** pueden ser un indicador práctico.



III.
Expansión
de los Litigios

Patent and Copyright Litigation (by decade), 1790-2000

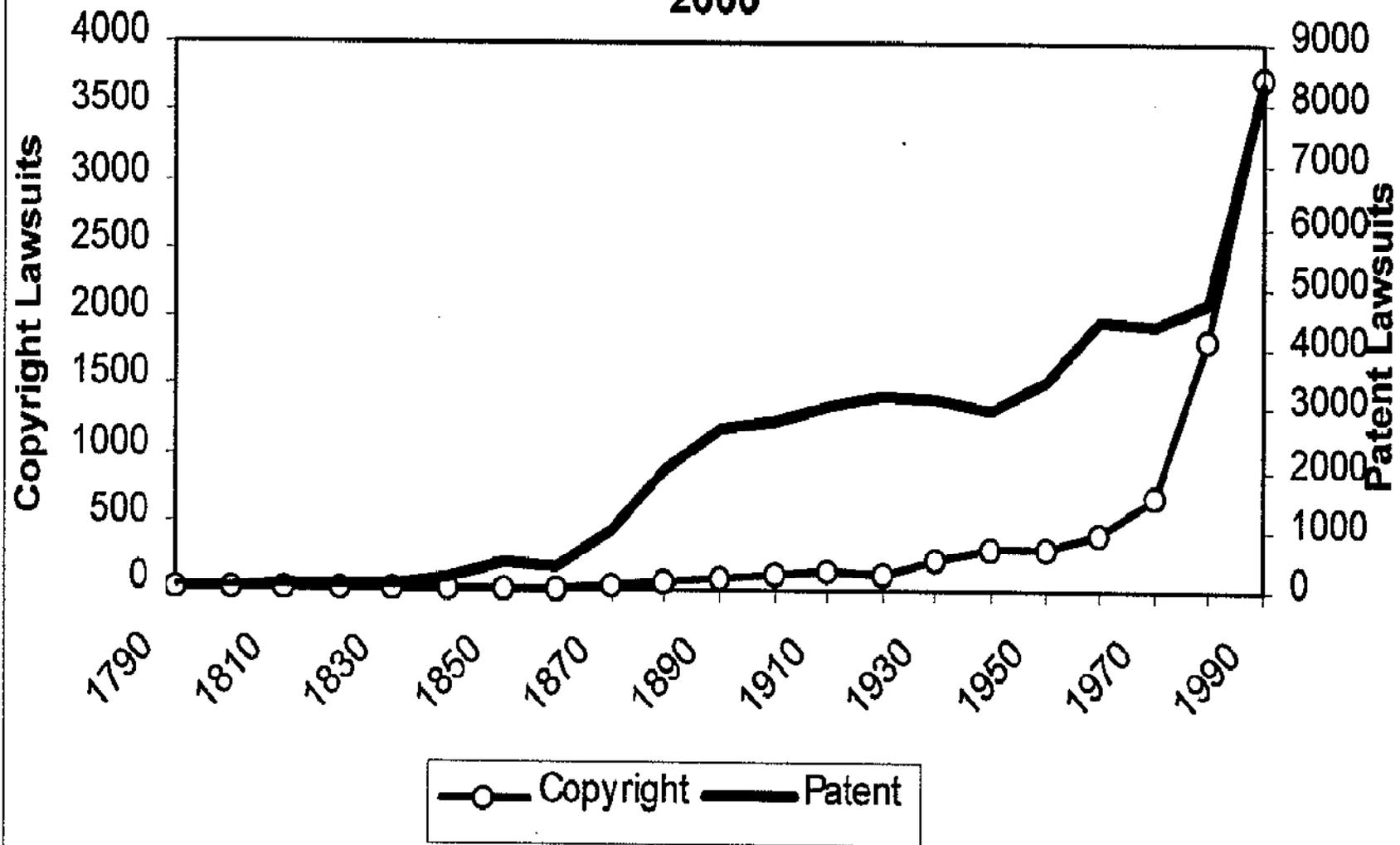
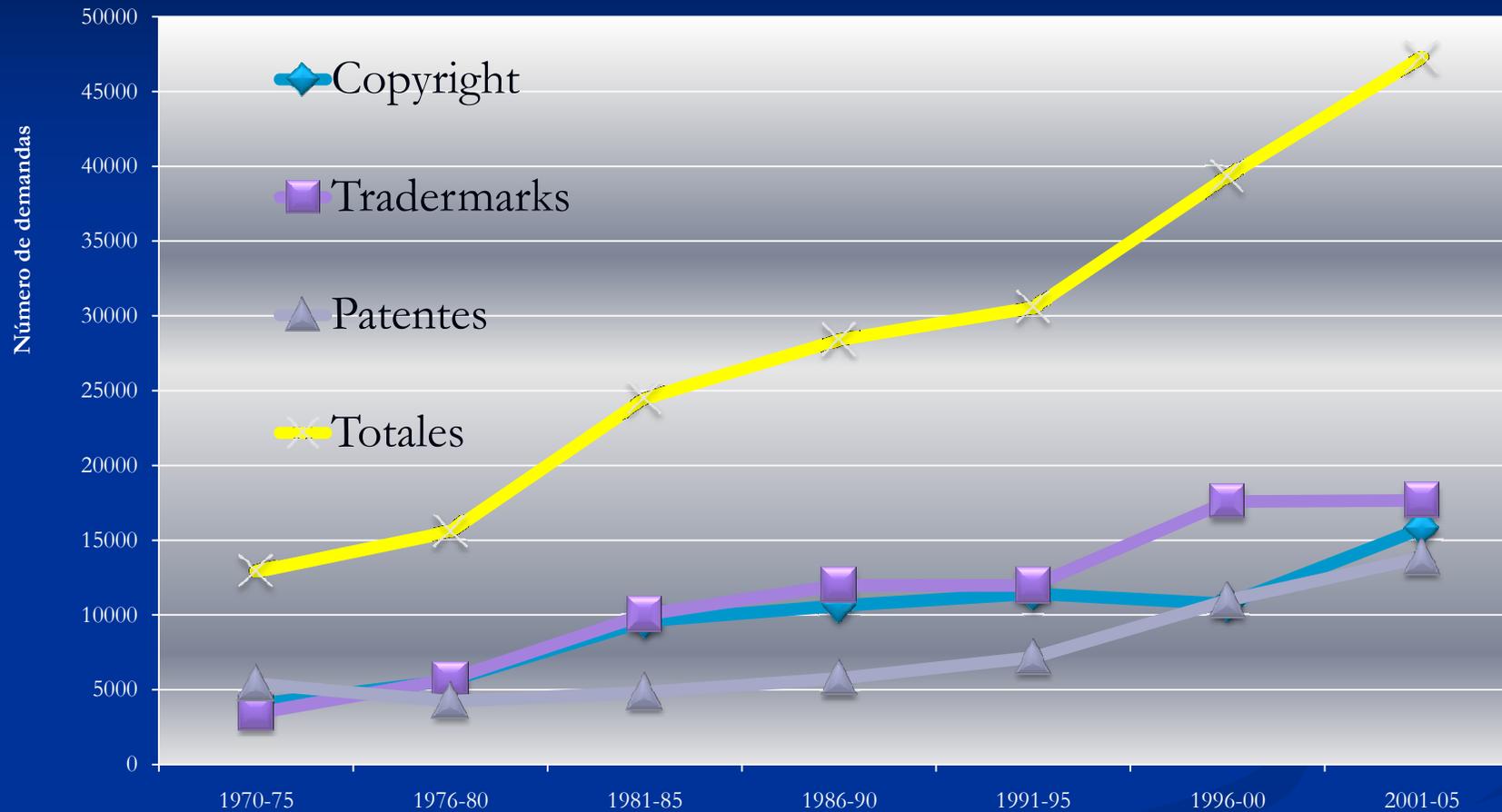
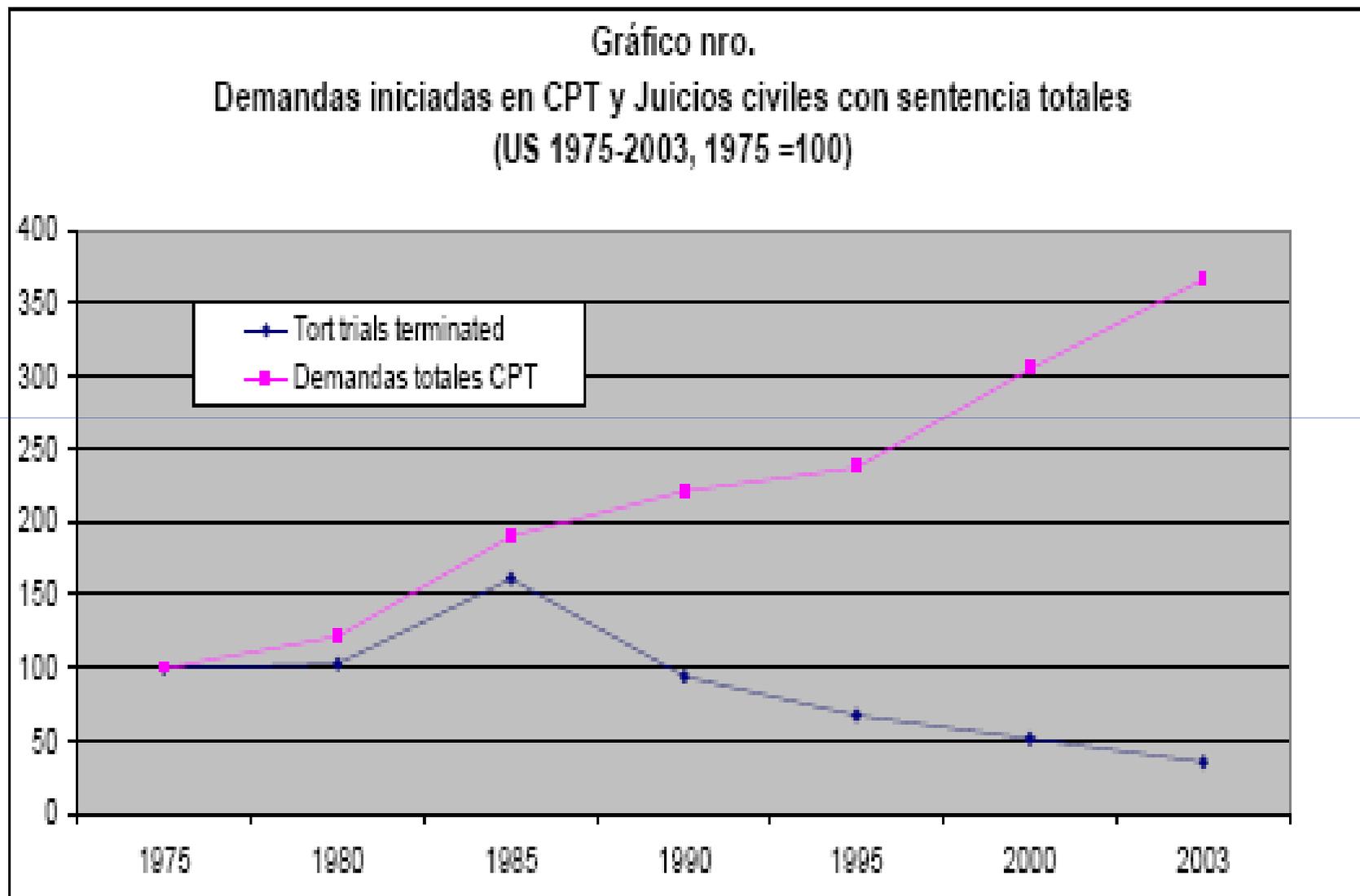


Gráfico nro.VIII.14
Demandas de Patentes, Copyright y Trademarks presentadas
(en las Cortes de distrito de EE.UU., 1970-2005)



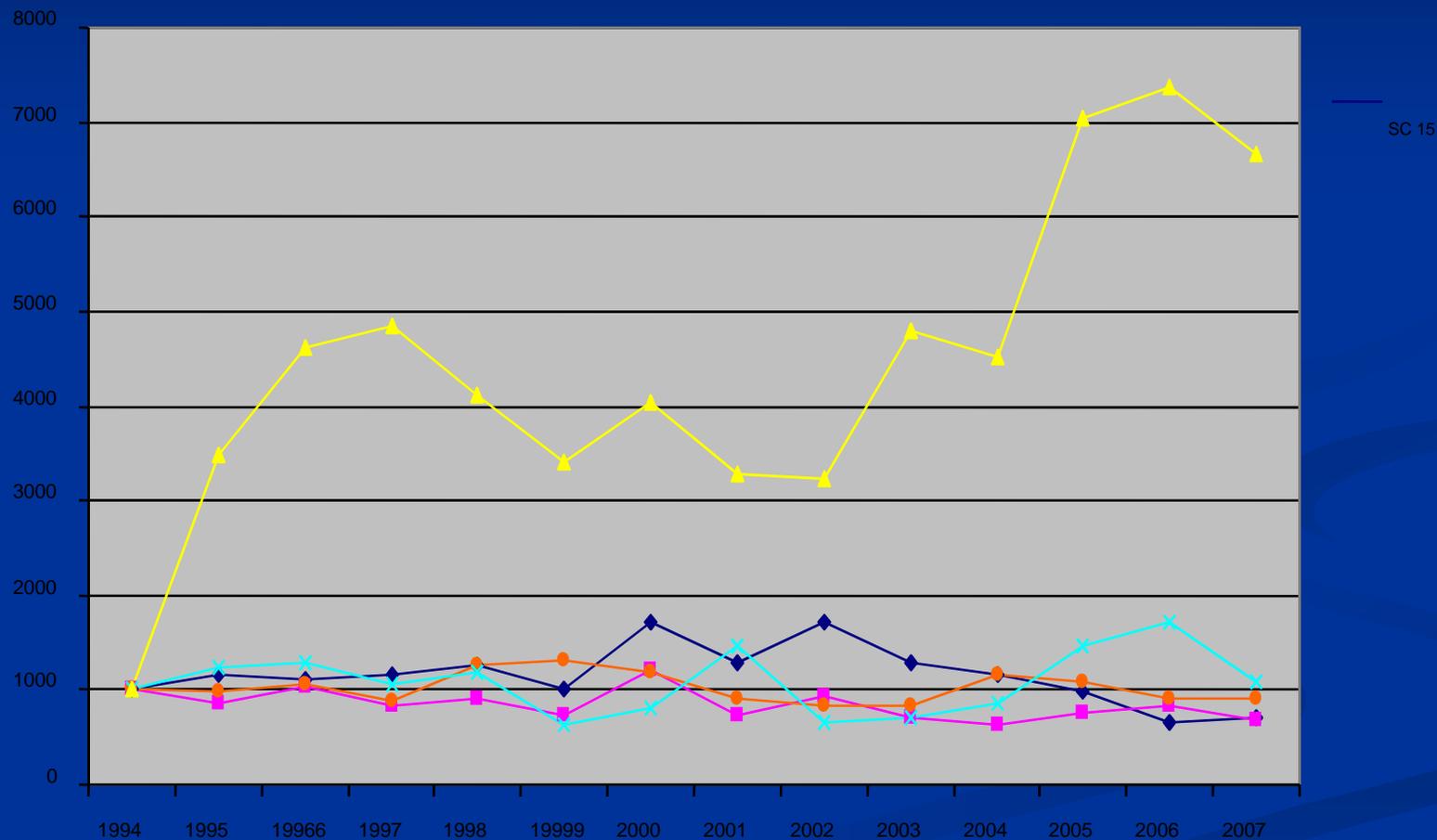
Elaboración propia en base a datos del Federal Judicial Center, Federal Courts Cases Database integrates (Somaya, 2002: 28) y la Administrative Office of the US Courts.

Litigiosidad Civil



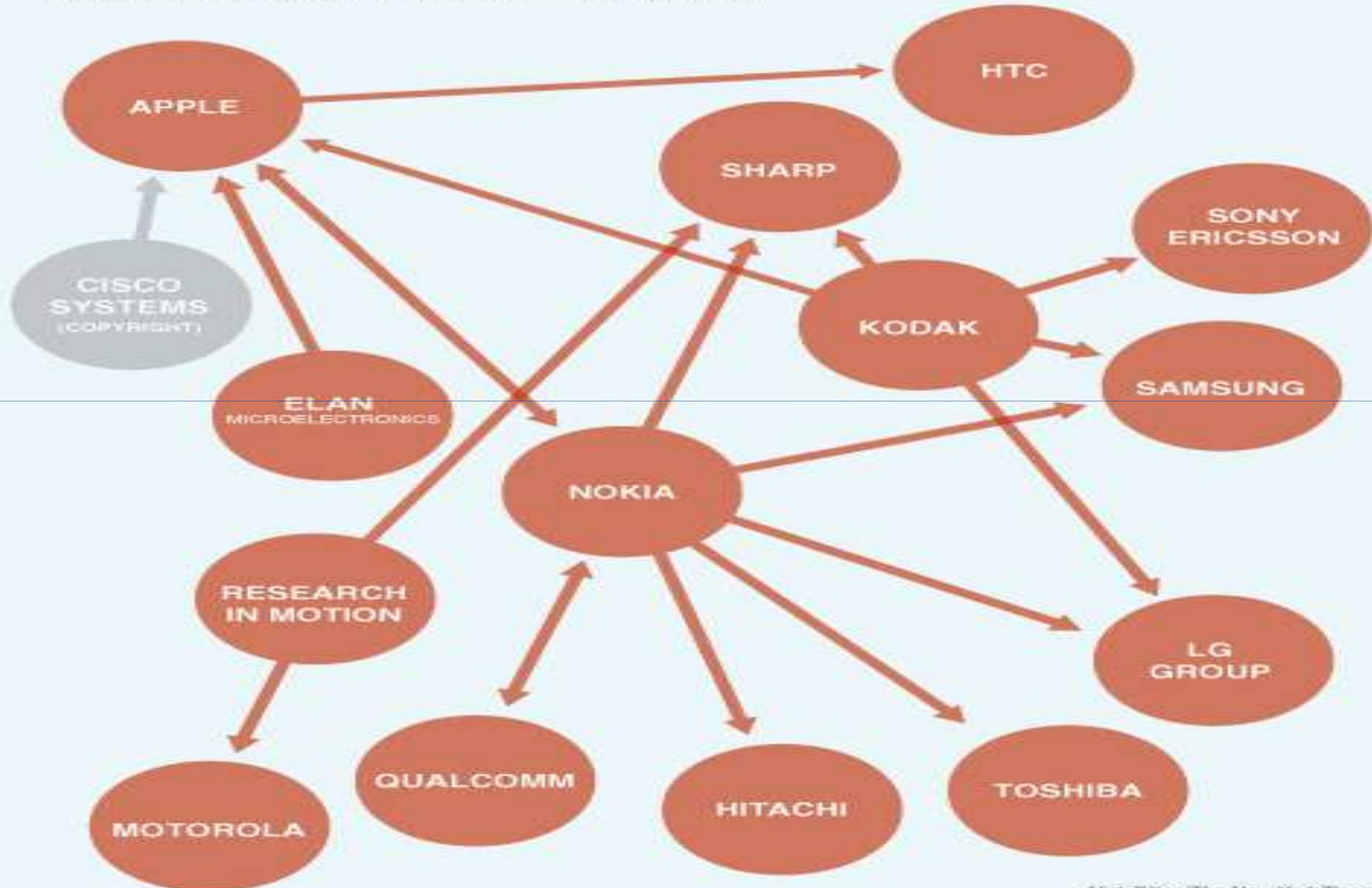
*

Tendencias de los litigios penales por CPT y otras áreas (comercio, trabajo, defensa nacional, etc) (en base 100, EE.UU. 1994-2007)



An Explosion of Mobile Patent Lawsuits

The graphic below shows which major technology companies have sued each other over patents related to mobile devices. Although a small number of these cases have settled, most are still entangled in courts and countersuits.



IV.
Expansión
de la magnitud

Copyrights registrados
(EE.UU., 1869-2007)

a)

Expansión de la magnitud de derechos de Copyright

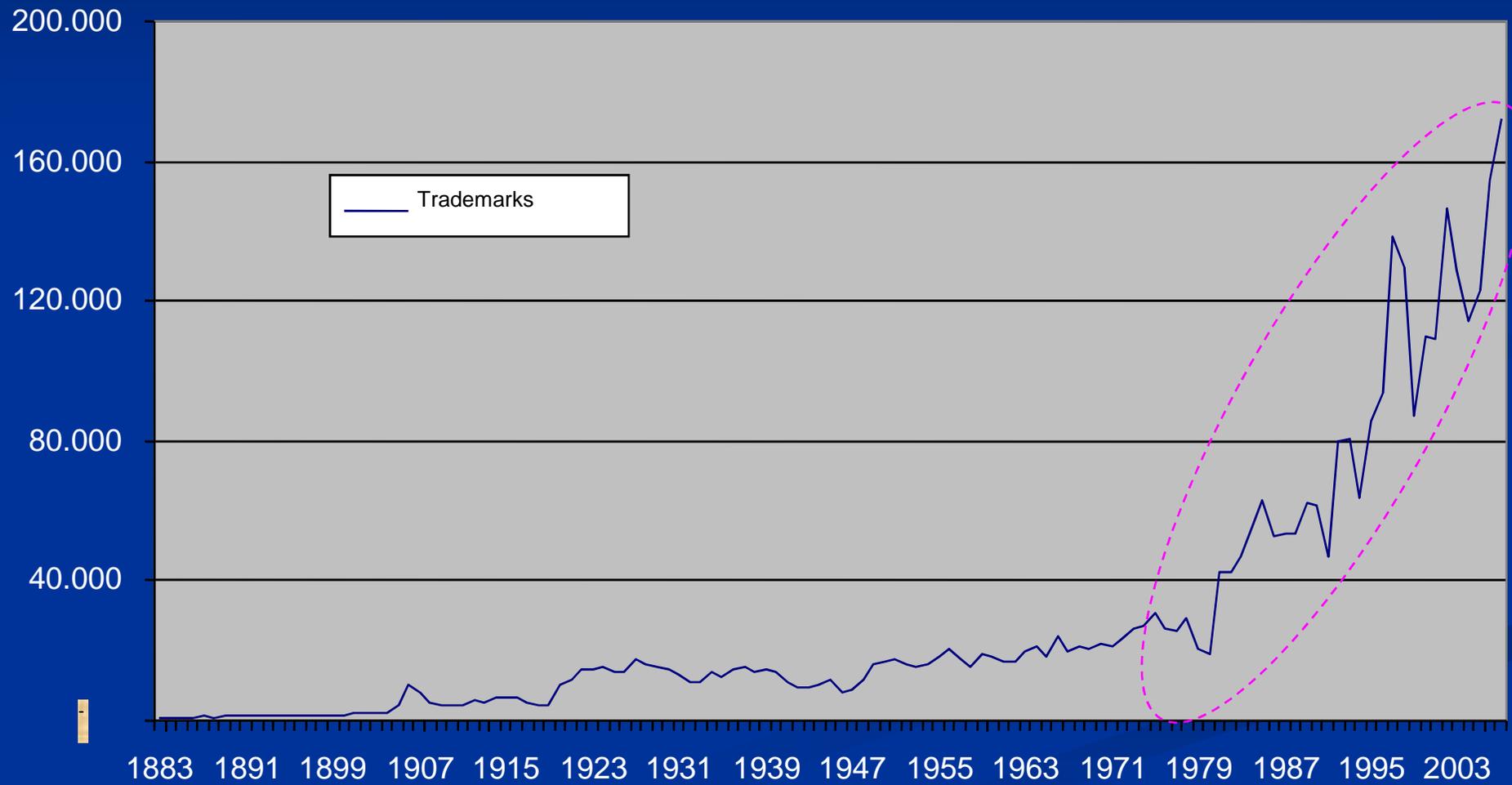


Elaboración propia en base a datos de los informes anuales de la Copyright Office. (El valor de la categoría 1790-1869 indica el promedio anual, ante la carencia de datos desagregados para el período.)

a) Expansión de la magnitud de derechos de **Copyright**

- Por medio de la **Copyright Act** (1976) se deja de lado el viejo sistema en el que el autor debía solicitar el copyright y se pasa a **concederlo de manera automática**, por defecto y sin mediar voluntad manifiesta de aquél. Así, mientras antes sólo un porcentaje limitado de las obras reclamaban ese derecho, ahora todas están enmarcadas por él.
- Naturalmente, los entes abarcados por el copyright son siempre Bienes Informacionales: textos, música, imágenes, especialmente, software.

b) Incremento en las marcas:



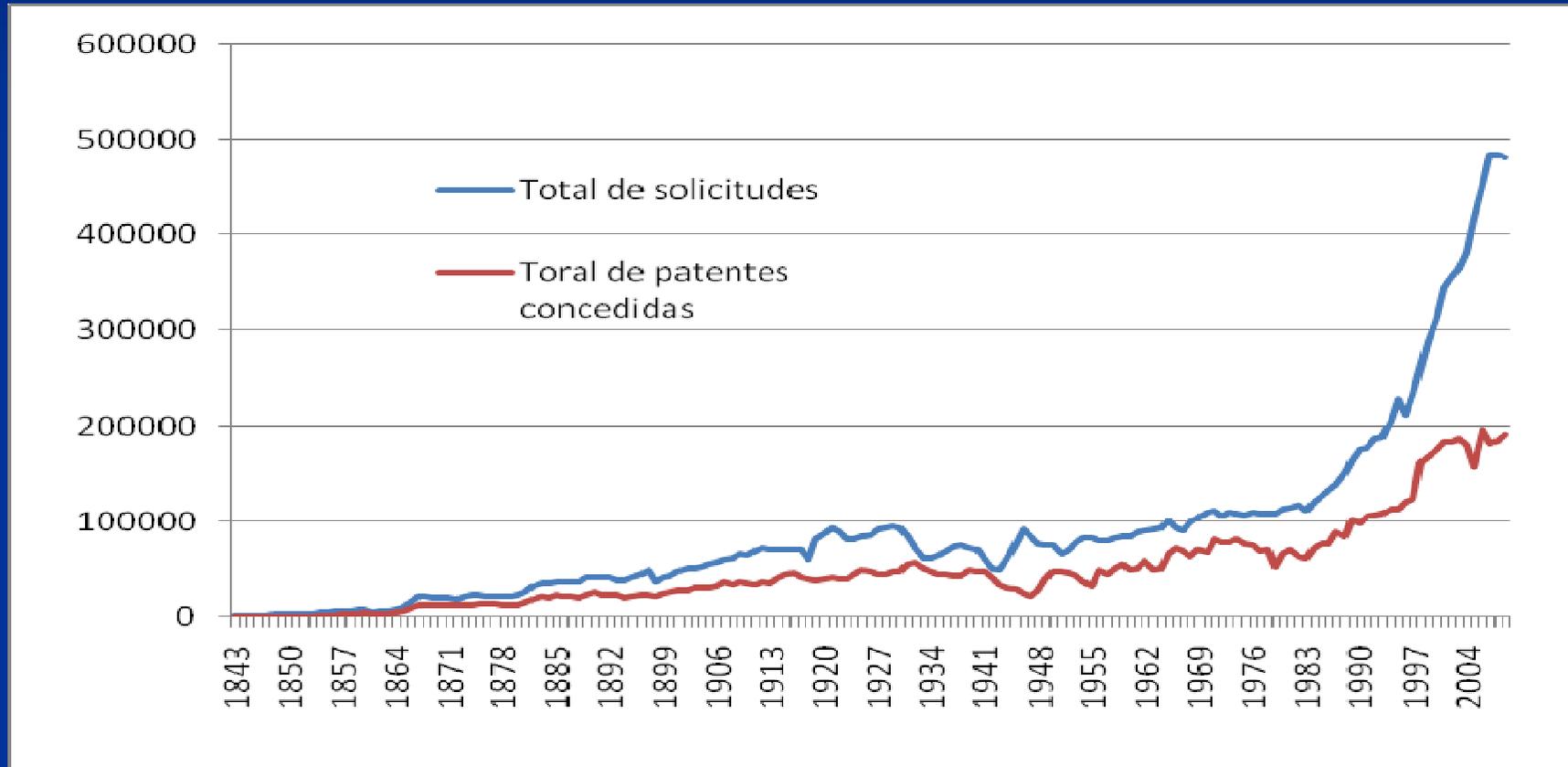
c) Incremento en el patentamiento:

Hay que responder dos preguntas:

- ¿Aumenta la cantidad de patentes en el Capitalismo Informacional *más de lo que aumentaba durante el capitalismo industrial?*
- Si existe ese incremento ¿está de algún modo relacionado con los Bienes Informacionales?

Gráfico nro. III.3

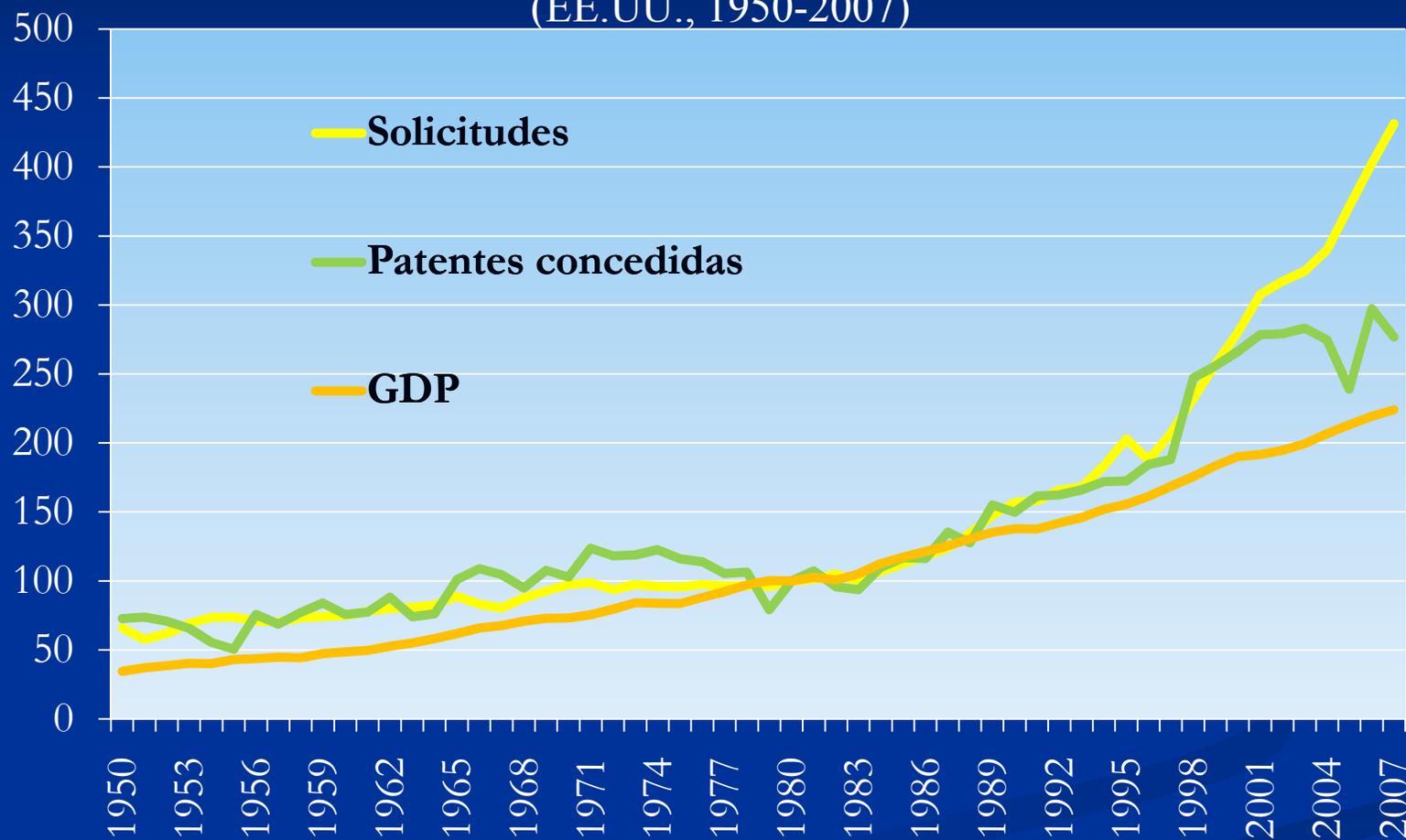
Solicitudes presentadas y Patentes otorgadas (EE.UU., 1843-2009)



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).

Incremento del patentamiento

Gráfico nro. VIII.4
Solicitudes, patentes concedidas y Producto Bruto
(EE.UU., 1950-2007)



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).

GDP y patentes EE.UU. 1790-2006, 1950=100



¿El incremento se dio en todas las ramas industriales?

Gráfico nro. 3
Evolución del número de patentes
(EE.UU.1986-2006, valores absolutos)

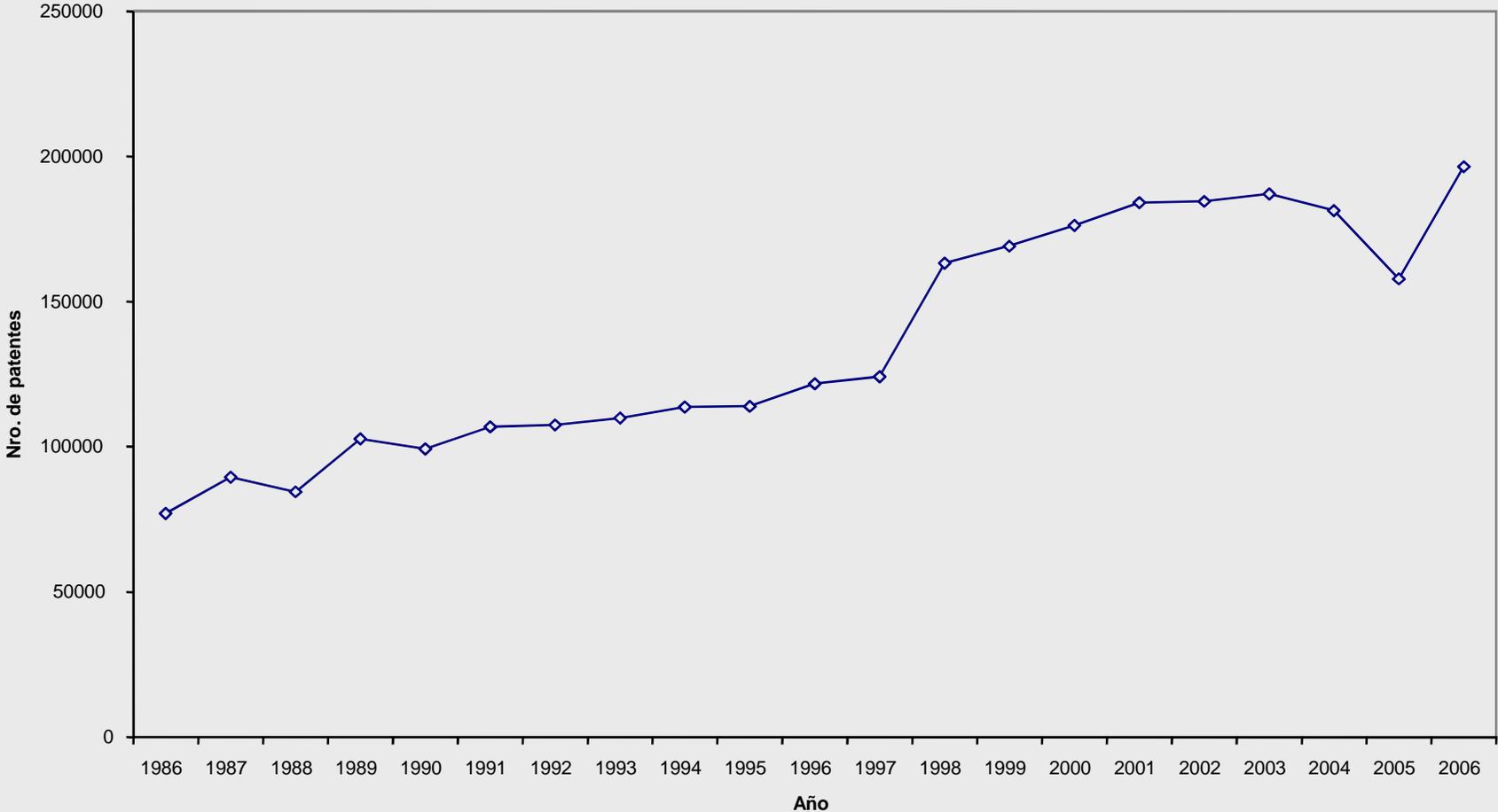
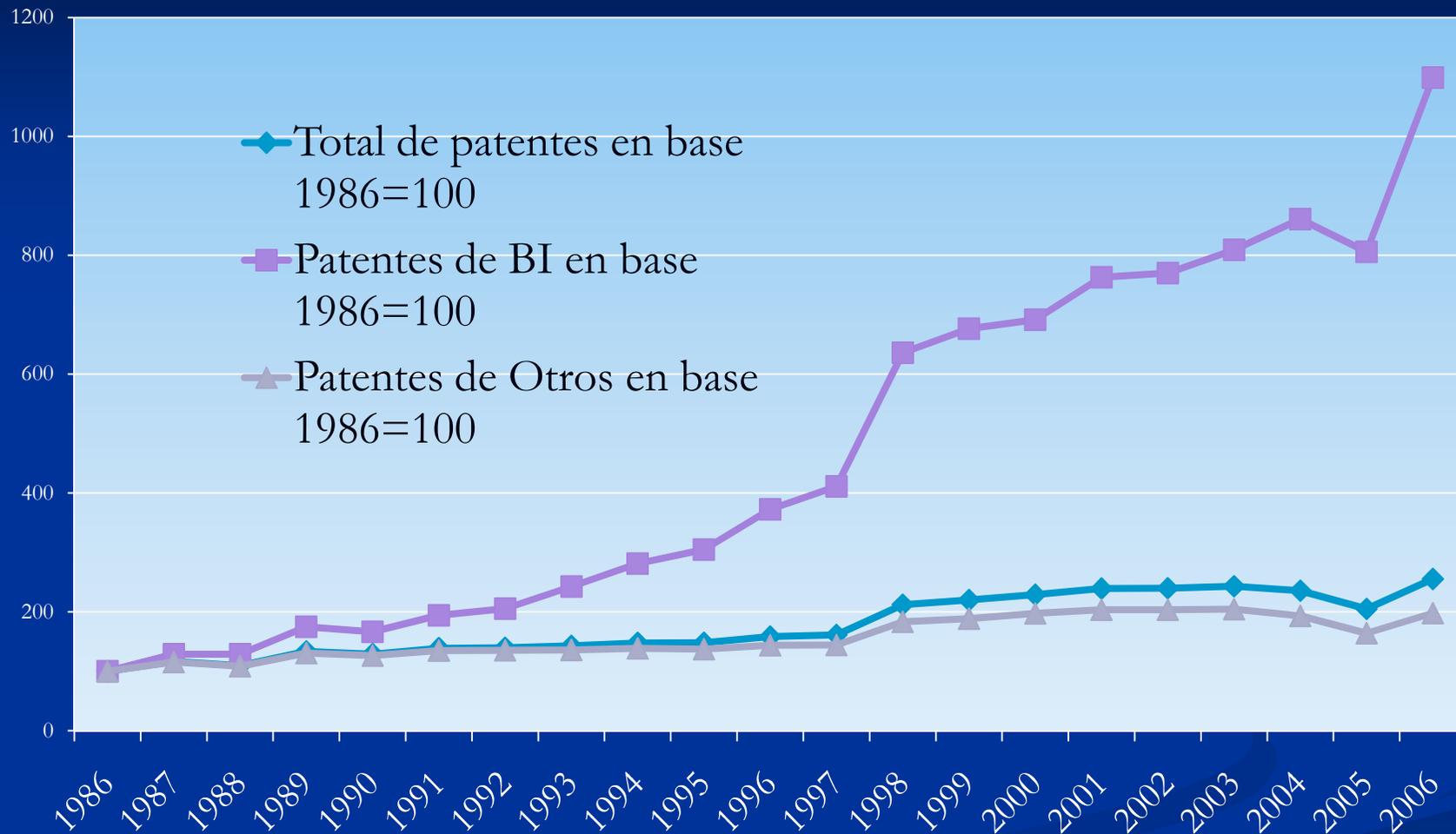


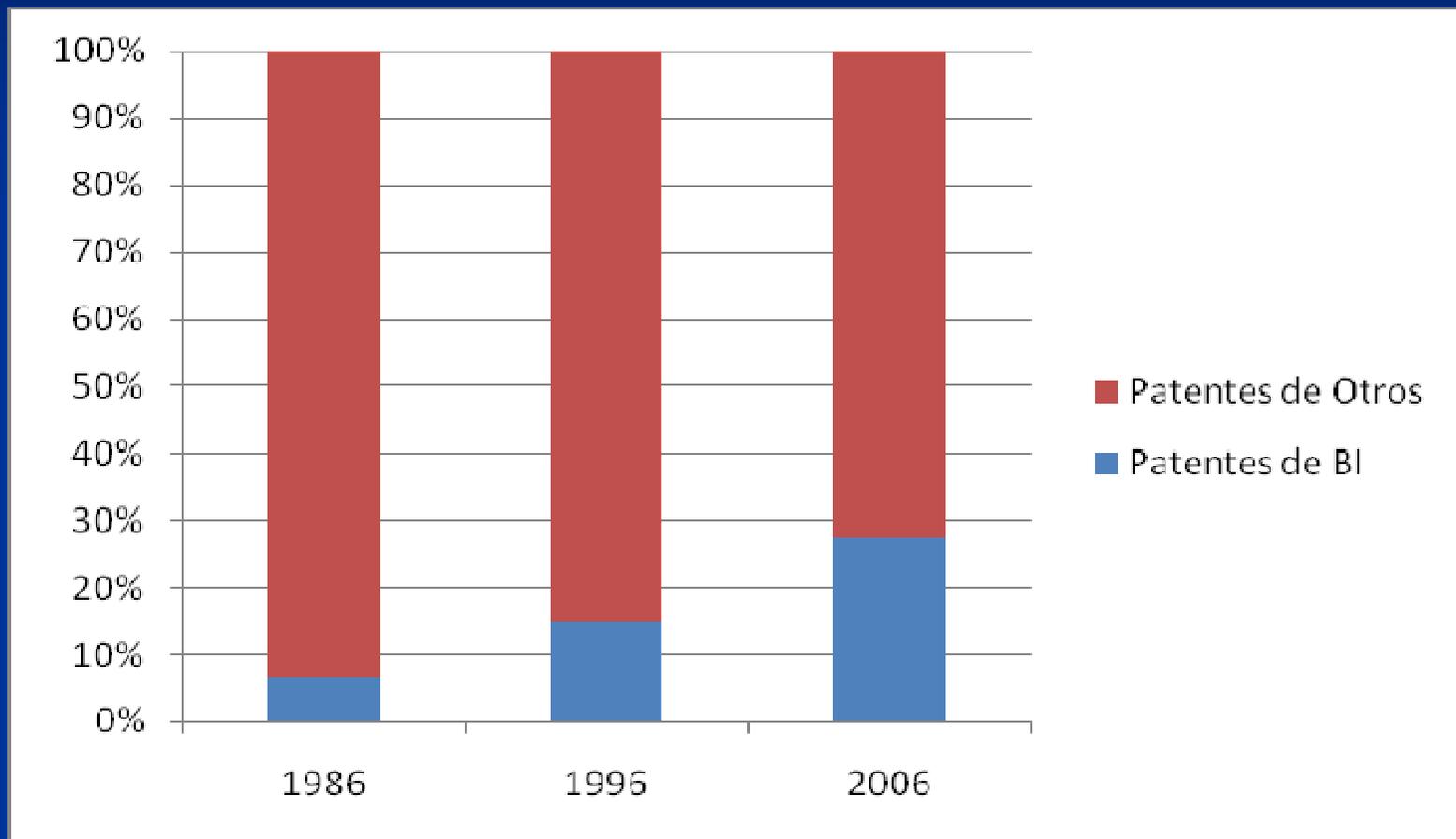
Gráfico no. VIII.7
Patentes concedidas a Bienes Informacionales y Otros
(EE.UU., 1986-2006)



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).

Gráfico nro. III.8

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

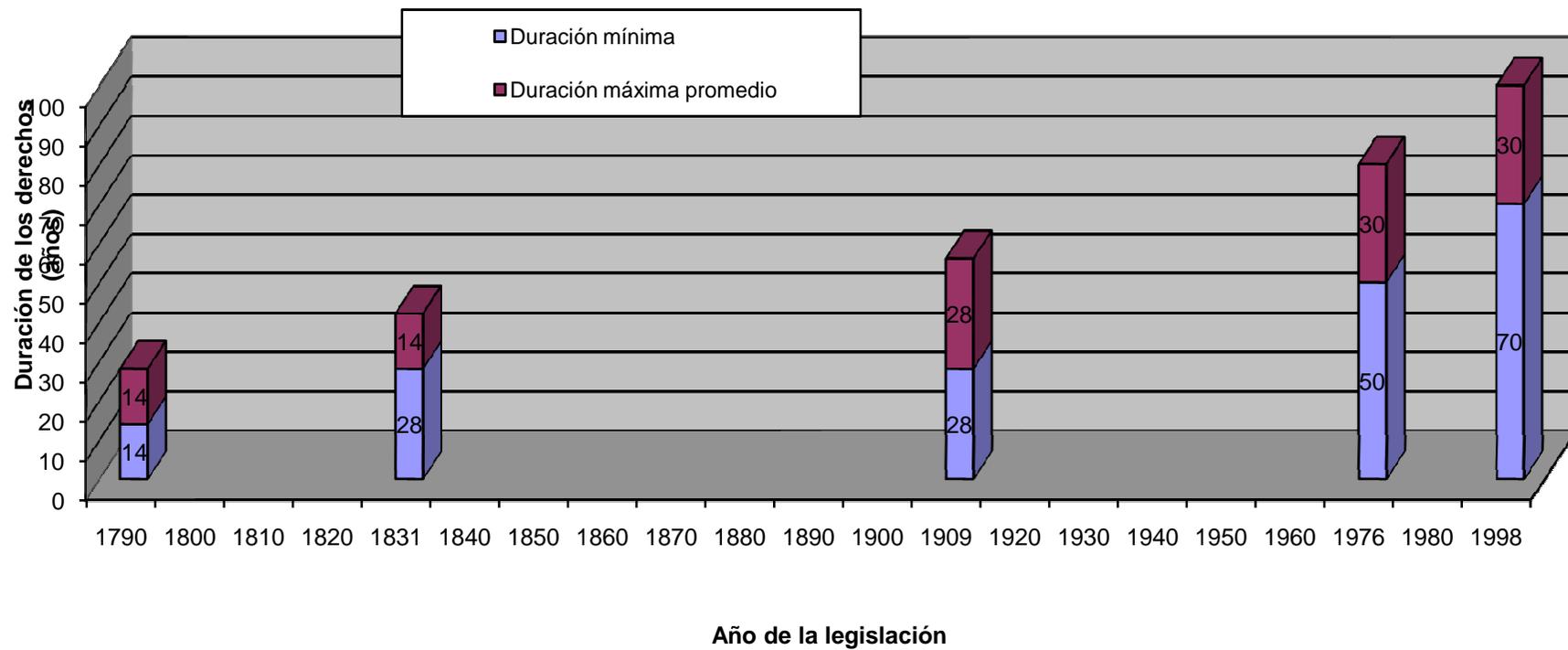


Fuente: Elaboración propia en base a datos de la United States Patents and Trademark Office (USPTO), Electronic Information Products Division, Patent Technology Monitoring Team (PTMT).

V.
Expansión de la duración

a) Copyright

Gráfico nro. 5
Evolución de la duración del Copyright en EE.UU.



VI. Expansión del alcance

1) Software: Copyright y Patentes

Dificultades del Copyright:

- Como señalan Menell, Merges y Lemley (2006:968) la legislación sobre copyright -17 USC 102(b)- excluye explícitamente “any idea, *procedure, process, system, method of operation*, concept, principle, or discovery”.
- 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.
- Sin embargo, la CONTU (1974-78) Resuelve recomendar la protección bajo Copyright.

- ¿Por qué, desde la perspectiva de un titular conviene la protección bajo copyright frente a patentes u otros?

¿Qué tienen en común un software (medio de producción, parecido a una tecnología) y los textos, audios, imágenes, que se protegen bajo derechos de autor?

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 USPTO ya concedía la no despreciable suma de 1600 patentes de software anuales. Pero en el 2000 ya teníamos 17.000, y la cifra sigue escalando (Foray, 2004:150).

2. Patentamiento de materia viva

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.”. (Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 1980 447 U.S. 303)

3. Protección Semiconductores

b) BI2: Protección de chips bajo régimen sui generis.

- La historia del avance tecnológico japonés.
- Consagrado en la SCPA (1984) y en el TRIPS (1994) arts. 35,36,37,38.

4. 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.

5. 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.

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)

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.



White terminó ganando el pleito. Escribiendo por la mayoría, el Juez Kozinski 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 Kozinski en *White vs. Samsung*, 989 F.2d 1512)

Pero ¿Por qué se produce la expansión de este derecho en el capitalismo informacional?

- Uno de los rasgos decisivos de la etapa es la escasez de atención.
- La *celebrity*, es un imán que atrae ese recurso escaso y es la figura prototípica del período. 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.

Expansión del alcance- continuación

Otros:

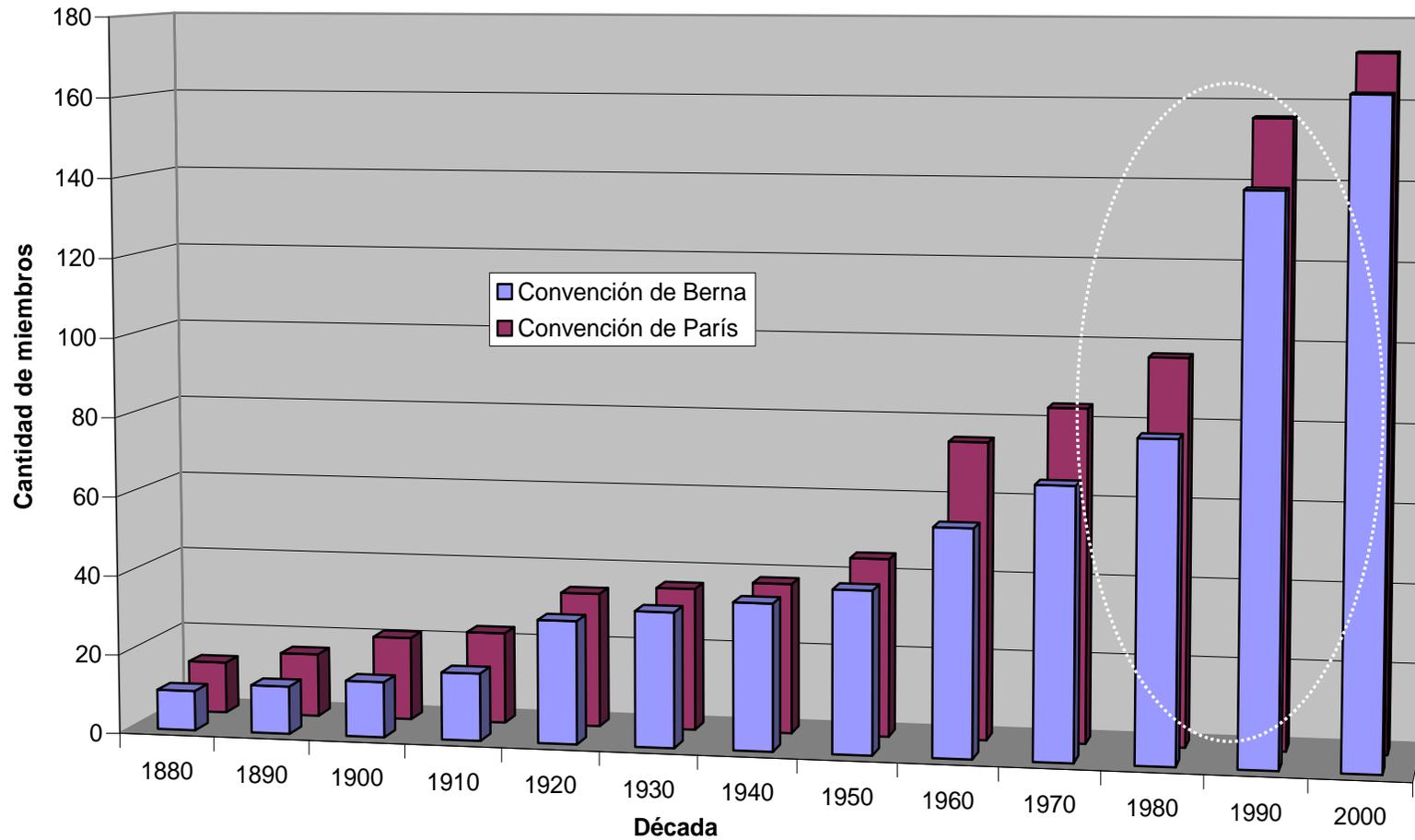
- 1) Right of publicity y Atención
- 2) Protección de semiconductores (SCPA)
- 3) Traditional knowledge
- 4) Patentes métodos de hacer negocios

VII.

Expansión jurisdiccional

- La urgencia de la propiedad intelectual por expandirse territorialmente es directamente proporcional a la velocidad con la que circulan los conocimientos codificados que custodia.
- A medida que los desarrollos tecnológicos fueron permitiendo 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 es que la etapa de la circulación de ID a través de Internet –el capitalismo cognitivo- no podía tener otra respuesta adaptativa del capitalismo que el alistamiento impostergable de todos los países en los convenios internacionales sobre propiedad intelectual y la estandarización mundial de las legislaciones en cuestión. En términos institucionales esa respuesta es el TRIPS.

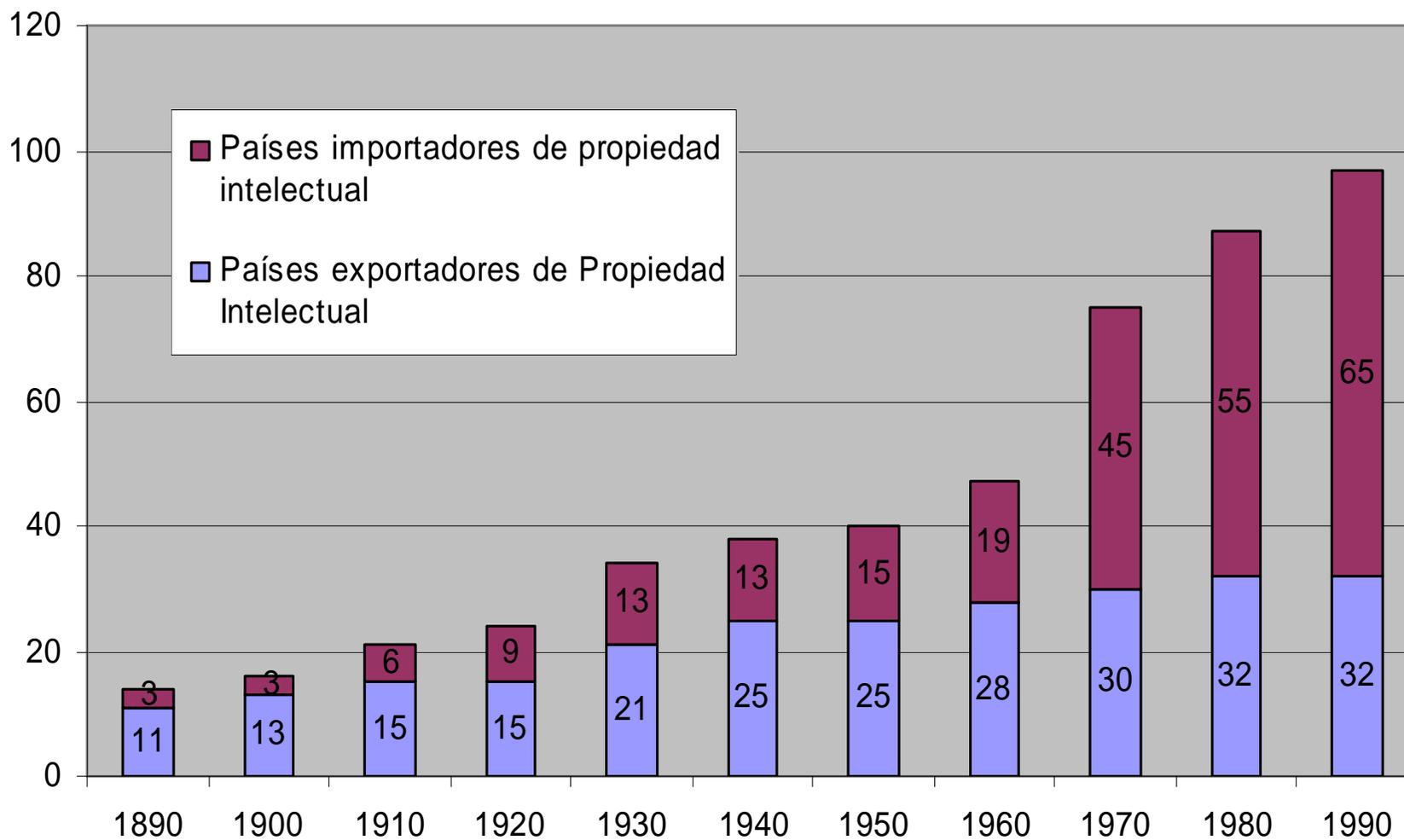
Gráfico nro 6
Cantidad de miembros de los tratados administrados por el BIRPI-WIPO



Pese al surgimiento de la WIPO (1967) los titulares de DPI veían al menos tres inconvenientes :

- (1) Falta de estandarización y acatamiento dispar
- (2) Falta de poder de la WIPO para
 - a) obligar a firmar los tratados
 - b) sancionar lo incumplimientos
- (3) Falta de poder relativo de los Estados exportadores de PI para imponer modificaciones ofensivas o, aún, para resistir embates de los países importadores.

Gráfico nro. 7
Evolución de la Proporción entre países exportadores e importadores de propiedad intelectual entre los miembros del tratado de Paris



La coyuntura histórica (5)

La transformación de la forma

- Iniciativa política en EE.UU. Durante los '80 :
 - a) Asociar la pérdida de competitividad de EEUU con el robo de PI.
 - b) Sumar intereses del derechos de autor y la propiedad industrial que hacían lobby por separado
 - c) Incorporar intereses de Europa y Japón
 - d) Asociar la PI al régimen internacional de comercio.

- TRIPS (ADPIC) 1994 firmado por más de 180 países.
- a) Homogeneiza e internacionaliza cambios que venían impulsándose ante todo en EE.UU.
 1. Obliga al patentamiento de productos farmacéuticos
 2. Establece la protección del software bajo copyright
 3. Permite el patentamiento de materia viva

b) Cambia el organismo encargado de velar por el cumplimiento.

1. Deja de ser la WIPO (OMPI) y pasa a ser la WTO (OMC) -en la que los países productores de PI tienen un dominio mucho mayor-.
2. Al combinar la PI al comercio, los países subdesarrollados se ven incentivados a firmar acuerdos desventajosos con el objetivo de reducir las barreras a sus productos primarios. Se asocia pérdidas en PI a supuestos beneficios en las exportaciones.
3. La organización destinada a difundir el libre comercio custodia el sistema de monopolios sobre el conocimiento.

Fin de la presentación

marianozukerfeld@gmail.com