

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

WIPO/ACE/5/6

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 26 de agosto de 2009

S

COMITÉ ASESOR SOBRE OBSERVANCIA

Quinta sesión

Ginebra, 2 a 4 de noviembre de 2009

LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

*Documento preparado por el Sr. Carsten Fink**

* Este documento fue publicado en primer lugar por el Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible (CICDS) como parte del documento de reflexión N° 22, “*The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries*” (<http://ictsd.net/i/publications/42762/>). El Programa sobre propiedad intelectual y desarrollo sostenible del CICDS lo encargó como parte de su Serie de documentos de reflexión, cuyo objetivo es ayudar a los encargados de la adopción de políticas, las partes interesadas y el público de los países en desarrollo y desarrollados a entender las diversas perspectivas que existen en torno a los derechos de P.I., y en particular su impacto, demostrado o potencial, sobre los medios de subsistencia y el desarrollo sostenibles.

Las opiniones que se recogen en este documento son personales y no deben atribuirse a ninguna institución con la que el autor esté vinculado.

Carsten Fink es profesor de Economía Internacional en la Universidad de St. Gallen. El autor expresa su agradecimiento a Carolyn Deere, Arti Gobind Daswani, Ahmed Abdel Latif, Pedro Roffe y Maximiliano Santa Cruz por sus sugerencias, de gran utilidad, así como a los participantes en el seminario organizado por la UNCTAD y el CICDS de julio de 2008 acerca del Debate mundial sobre la observancia de los derechos de P.I. por sus valiosos comentarios.

Después de la publicación de este documento, el Sr. Fink se incorporó a la Oficina Internacional de la OMPI como Economista Principal.

INTRODUCCIÓN

1. El hecho de hacer valer la protección de los derechos de propiedad intelectual (P.I.) se ha revelado como una cuestión prioritaria. Sólo en 2007, la cumbre del G-8 instó a que se intensificase la aplicación de los derechos de P.I., se inició una disputa en la OMC sobre el régimen de observancia de los derechos de P.I. en China, y se lanzaron negociaciones intergubernamentales para llegar a un Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA, por sus siglas en inglés).¹ Además, en los apartados sobre propiedad intelectual de los acuerdos de libre comercio (TLC) que se han negociado en los últimos años, se han introducido obligaciones en materia de observancia de los derechos de P.I. que van más allá de las normas multilaterales incluidas en el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). A su vez, varios países desarrollados han pedido que se lance de nuevo el debate sobre la aplicación de estos derechos en el Consejo de los ADPIC.
2. La falsificación de marcas, la piratería lesiva del derecho de autor y otras formas de violaciones de los derechos de P.I. siempre han sido motivo de preocupación. Ya en 1985, la publicación *Business Week* describía la falsificación como posiblemente uno de los negocios de mayor crecimiento y más rentables del mundo.² De hecho, el deseo de detener el comercio de mercancías falsificadas fue lo que dio pie a las negociaciones del GATT, que finalmente desembocaron en la conclusión del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, hay dos factores han perfilado el discurso político sobre la vulneración de los derechos de P.I. en los últimos años.
3. En primer lugar, habida cuenta de la rápida integración económica mundial y el veloz crecimiento de los países de ingresos medianos –capitaneados por China e India–, las empresas titulares de derechos de propiedad intelectual se juegan mucho más. Estas empresas perciben la falsificación y la piratería como limitaciones a su capacidad de aumentar las ventas en mercados de fuerte crecimiento. Sobre todo, consideran que las infracciones de los derechos de P.I. constituyen una amenaza competitiva directa, ya que las empresas de países donde abunda la mano de obra copian las últimas tecnologías y merman lo que, a su modo de ver, es la ventaja competitiva que les queda. En los Estados Unidos de América, algunos políticos han relacionado la laxa aplicación de los derechos de P.I. en el extranjero, especialmente en China, con el persistente déficit comercial del país. Aunque esta relación tiene una base económica débil –la balanza comercial refleja fundamentalmente la diferencia entre el ahorro y la inversión internos–, tiene un peso político y está determinando la política comercial y exterior de los Estados Unidos.

¹ Véanse la declaración de la cumbre del G-8 “*Growth and Responsibility in the World Economy*” (7 de junio de 2007, disponible en www.g-8.de), la Diferencia DS362 de la OMC “China – Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual” (http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds362_s.htm) y el comunicado de prensa de la Comisión Europea “*European Commission Seeks Mandate to Negotiate Major New International Anti-Counterfeiting Pact*” (disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1573>).

² Véase “*The Counterfeit Trade: Illegal Copies Threaten Most Industries*,” *Business Week*, diciembre de 1985, págs. 64-72.

4. En segundo lugar, se considera que la falsificación y la piratería han alcanzado niveles sin precedentes. En parte, el aumento de la falsificación se ha visto fomentado por los desarrollos tecnológicos, que han facilitado la copia de productos originales. Así, la aparición de medios de almacenamiento digital fáciles de copiar ha permitido la reproducción barata de productos audiovisuales e informáticos sin pérdida alguna de la calidad. La profusión de bases de datos en línea sobre patentes ha permitido acceder fácilmente a las nuevas tecnologías.³

5. Dada su naturaleza ilegal, no existen datos fiables sobre las ventas de productos infractores de la propiedad intelectual. La OCDE (2007) calcula que es posible que el comercio internacional de mercancías falsificadas y pirateadas haya ascendido en 2005 nada menos que a 200 billones de dólares de los Estados Unidos, lo que equivale a algo más del 2 % del comercio mundial de mercancías. Esta cantidad subestima el comercio mundial de productos infractores de los derechos de P.I., ya que excluye las ventas nacionales y los productos digitales que se distribuyen por Internet. Aunque no existen cifras fehacientes sobre el aumento de las violaciones de los derechos de P.I., los datos anecdóticos sugieren que su escala y alcance están aumentando. Así, los artículos de prensa y los estudios realizados por los gobiernos en los últimos años indican que la falsificación se ha extendido de las mercancías de lujo a los productos de consumo común, alcanzando productos tan diversos como las piezas de recambio para automóviles, los electrodomésticos y los juguetes. Además, las vulneraciones de la propiedad intelectual cada vez están más relacionadas con la delincuencia organizada.⁴

6. En cierto modo, cabe preguntarse hasta qué punto la observancia de los derechos de P.I. merece atención como ámbito de política pública. Los gobiernos fijan normas sobre la protección de la propiedad intelectual mediante leyes nacionales y el hecho de asegurarse de que las empresas y los particulares respetan estas leyes sencillamente parece natural. En efecto, algunos observadores alegan que los derechos exclusivos que garantiza la legislación sobre propiedad intelectual se han vuelto excesivos (Jaffee y Lerner, 2004, y Maskus y Reichman, 2004). No obstante, nadie puede pretender realmente que se corrija este supuesto carácter excesivo de las leyes sobre derechos de P.I. fomentando un comportamiento ilegal. Si las leyes no están al servicio del interés público, hay que cambiarlas, no que incumplirlas.

7. Sin embargo, hay una poderosa razón para considerar la piratería en materia de derechos de P.I. como un asunto de política pública: los recursos necesarios para velar por que se observen los derechos de P.I. son siempre escasos. La falsificación y la piratería existen incluso en los países más ricos, que cuentan con los organismos encargados de hacer cumplir la ley dotados de mejor personal y mejores equipos. Por ejemplo, la *Business Software Alliance* calcula que, en 2006, en Francia el 45 % de los programas informáticos estaba

³ No cabe duda de que sacar provecho de la información disponible gratuitamente sobre las tecnologías que se emplean en el ámbito de las patentes requiere cierta capacidad de absorción, que difiere mucho de un país a otro. Al mismo tiempo, los datos de carácter anecdótico sugieren que las empresas de los países desarrollados se abstienen cada vez más de presentar solicitudes de patentes, ya que temen la apropiación indebida de sus tecnologías en países extranjeros. Véase “*Firmen verzichten auf Patente*”, *Financial Times Deutschland*, 2 de enero de 2008.

⁴ Véase OCDE (1997).

pirateado, en Alemania el 28 %, en Japón el 25 % y en los Estados Unidos el 21 %.⁵ Los gobiernos tienen que decidir cuántos recursos dedicar a la lucha contra la piratería, en lugar de velar por que se observen otros aspectos de la ley, construir carreteras y puentes, reforzar la seguridad nacional o proporcionar otros bienes públicos. En general, esta elección no se declara de forma manifiesta, pero subyace a cada decisión presupuestaria que toman los gobiernos federales y locales. Así, el aumento del gasto invertido en combatir el terrorismo en los Estados Unidos después del 11 de septiembre de 2001 dejó menos recursos disponibles para luchar contra la delincuencia, lo que al parecer provocó el aumento de los índices de criminalidad en muchas ciudades del país.⁶ La decisión de dedicar el gasto apropiado a la aplicación de los derechos de P.I. es especialmente difícil en los países en desarrollo, donde muchos bienes públicos escasean y los desafíos en materia de observancia se plantean en numerosos ámbitos de la ley –la lucha contra la violencia, la garantía de unos auténticos derechos de propiedad, el cumplimiento de los contratos, el cese de la explotación ilegal de bosques en peligro, la regulación del tráfico, etcétera–.⁷

8. El objeto de este documento es ofrecer una perspectiva económica sobre las políticas destinadas al cumplimiento de los derechos de P.I. Para ello, se recurre a conclusiones clave de la bibliografía sobre economía para determinar las prioridades a la hora de asignar los escasos recursos consagrados a hacer respetar la ley. De esta bibliografía, se extraen dos grandes temas. En primer lugar, los diversos tipos de infracción de la propiedad intelectual tienen efectos sobre el bienestar diferentes, según las deficiencias y características del mercado subyacentes. En ocasiones, los estudios realizados anteriormente que trataban de cuantificar las “pérdidas” causadas por la piratería en materia de derechos de P.I. ignoraban estas diferencias. En segundo lugar, a la hora de establecer una estrategia de observancia de estos derechos, los encargados de formular políticas tienen que considerar los incentivos de los productores y consumidores para infringir la ley. El entendimiento de estos incentivos aporta pistas importantes sobre las limitaciones de las políticas gubernamentales y la eficacia de los distintos tipos de medidas para garantizar la observancia.

9. El presente documento está estructurado de la forma siguiente: en la próxima sección se repasarán brevemente las principales razones por las que se protegen diversos tipos de derechos de P.I., señalando las diferentes deficiencias del mercado que dan pie a la intervención del gobierno. Este debate preparará el terreno para una evaluación de los efectos sobre el bienestar de distintas formas de infracción de derechos de P.I. –tarea que se llevará a cabo en la sección 3. A continuación, se examinarán las pruebas empíricas disponibles sobre el impacto económico de la falsificación (sección 4) y se esbozará un amplio marco para el desarrollo de una estrategia nacional destinada a la observancia de los derechos de P.I. (sección 5). En la última sección, se concluirá debatiendo brevemente las sugerencias que los responsables de la formulación de políticas de los países en desarrollo y desarrollados pueden extraer de la perspectiva económica que presenta este documento.

⁵ Véanse <http://w3.bsa.org/globalstudy/upload/2007-Losses-EMEA.pdf> y <http://w3.bsa.org/globalstudy/upload/2007-Losses-Global.pdf>.

⁶ Véase “US Switches Resources to Fight Terror”, *Financial Times*, 10 de octubre de 2007.

⁷ Una segunda razón, cuya naturaleza no es económica, para considerar la observancia de los derechos de P.I. como una cuestión de política pública es que algunas medidas destinadas a hacer valer estos derechos pueden afectar a la privacidad de los individuos, y en ese caso cada sociedad tiene que encontrar la forma de equilibrar el derecho a la propiedad intelectual y el derecho a la privacidad.

2. DERECHOS DE P.I. Y DEFICIENCIAS DEL MERCADO

10. Los derechos de propiedad intelectual consisten en una serie de instrumentos jurídicos que, a grandes rasgos, protegen los activos intangibles de las empresas. Desde el punto de vista económico, es conveniente situar estos instrumentos en dos categorías: los derechos de P.I. que protegen la reputación de las empresas (marcas e indicaciones geográficas) y los derechos de P.I. que estimulan las actividades inventivas y creativas (patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, derecho de autor, derechos de obtentor y esquemas de trazado de circuitos integrados). Los derechos de P.I. de ambas categorías pretenden compensar las deficiencias de los mercados privados para prever una asignación de recursos adecuada, pero dichas deficiencias subyacentes difieren de un mercado a otro.

11. En el caso de las marcas y las indicaciones geográficas, los derechos exclusivos reducen las ineficiencias que resultan de una información desigual entre los compradores y los vendedores sobre ciertas características de los bienes y servicios. El economista George Akerlof, ganador del Premio Nobel, fue el primero en indicar que los mercados pueden presentar deficiencias cuando los consumidores tienen menos información sobre la calidad de los productos que los productores.⁸ Las marcas identifican un producto con su productor y la reputación del mismo en cuanto a calidad, que se ha ganado mediante compras sucesivas y el boca a boca. Éstas crean un incentivo para que las empresas inviertan en el mantenimiento y la mejora de la calidad de sus productos. Del mismo modo, las indicaciones geográficas señalan que un producto proviene de una región concreta, indicando que éste posee una cualidad determinada relacionada con esa región.

12. Para algunas clases de mercancías, las marcas y las indicaciones geográficas cumplen una función adicional. En ocasiones, los consumidores atribuyen un estatus a los productos que llevan una marca conocida. Así, los compradores de bolsos de diseñadores o de relojes de lujo no sólo le dan importancia a las características funcionales y físicas del objeto de su compra, sino también al nombre del producto o del propio productor. En estos casos, las marcas no sólo protegen la reputación de una empresa en lo relativo a una calidad que se puede medir objetivamente, sino también el “prestigio” que se ha cobrado mediante campañas de marketing que a menudo se prolongan durante años y décadas. Como se verá en la próxima sección, la existencia de este estatus influye considerablemente en las repercusiones de la falsificación sobre el bienestar.

13. Los derechos de propiedad intelectual que pertenecen a la segunda categoría aportan soluciones a las ineficiencias de los mercados en cuanto a información y conocimiento. Hace tiempo que otro economista ganador del Premio Nobel, Kenneth Arrow, resaltó que la información y el conocimiento pueden reproducirse fácilmente una vez que están en el mercado.⁹ En la jerga económica, se dice que éstos poseen características de bienes públicos. Como se deduce de su nombre, los bienes públicos no suelen suministrarse en los mercados privados. Si una empresa no puede evitar que terceros copien el fruto de sus actividades inventivas y creativas, tendrá pocos incentivos para invertir recursos financieros en dichas actividades. No se puede afirmar que la invención y la creatividad se frenarían hasta detenerse sin la intervención del gobierno. Los artistas pueden estar motivados por el prestigio o el interés que conlleva continuar con su profesión. Las empresas pueden encontrar

⁸ Véase Akerlof (1970).

⁹ Véase Arrow (1962).

otros medios de sacar provecho de las nuevas tecnologías, por ejemplo, beneficiándose de las ventajas de ser las primeras en algo. Sin embargo, los gobiernos siempre han optado por complementar estos incentivos “naturales” con derechos exclusivos a la propiedad intelectual.

14. Esencialmente, los derechos de P.I. en esta segunda categoría tienen por objeto evitar que se obtenga beneficio sin contrapartida. Éstos permiten que los agentes privados obtengan un provecho de sus activos intelectuales con el que puedan recuperar el costo de inversión inicial que implicó crear dichos activos. Sin embargo, los derechos exclusivos también conllevan un costo. Éstos confieren poder de mercado a sus titulares, lo que les permite poner a sus bienes intelectuales un precio superior a sus costos de reproducción, en detrimento de los consumidores. Así, los gobiernos se enfrentan a un dilema a la hora de formular las políticas en materia de propiedad intelectual: unos derechos exclusivos más estrictos aumentan los incentivos para invertir en producir información y conocimiento, pero también aumentan la pérdida de eficiencia económica, ya que desvían la estructura del mercado de su ideal de competitividad.

15. En la elaboración real de políticas, esta disyuntiva se refleja en el hecho de que los derechos exclusivos están limitados en el tiempo (a diferencia de las marcas y las indicaciones geográficas, que pueden durar siempre). Además, han surgido diversas formas de derechos exclusivos para cubrir las diferentes características de distintos sectores económicos: principalmente, las patentes (para la tecnología industrial), el derecho de autor (para las expresiones literarias y artísticas, así como los programas informáticos) y los diseños industriales (para las características ornamentales de las mercancías). El cambio tecnológico ha llevado a una adaptación continua de estos instrumentos. Del mismo modo, diversos segmentos de la sociedad ponen en cuestión constantemente la adecuación de los distintos niveles de derechos exclusivos y excepciones a los mismos, de hecho, algunos grupos incluso abogan por unas políticas gubernamentales alternativas que fomenten la innovación –un debate que se aleja del objeto de este documento.

3. EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS SOBRE EL BIENESTAR DE DIVERSAS FORMAS DE INFRACCIÓN DE DERECHOS DE P.I.

16. Lo que ocurre cuando se infringen los derechos exclusivos que confieren los derechos de P.I. es una cuestión que los economistas han estudiado detenidamente, sobre todo en las bibliografías sobre derecho y economía y comercio. La mayoría de los estudios de instituciones académicas son de naturaleza teórica, es decir, que en ellos se desarrollan modelos de oferta y demanda para establecer de qué manera los usos ilegítimos de la propiedad intelectual influyen en diversos actores de la economía. En particular, los estudios en este ámbito han adoptado los llamados modelos de equilibrio parcial, según los cuales el bienestar económico se calcula sumando el superávit del consumidor y del productor (véase el cuadro 1). Por definición, estos modelos no pueden detectar las sofisticadas complejidades del funcionamiento real de los mercados de productos protegidos por derechos de P.I. en la práctica. Al mismo tiempo, su fuerza consiste en extraer aspectos clave del comportamiento de consumidores y productores, y evaluar las consecuencias para su bienestar. De hecho, toda afirmación sobre las repercusiones económicas de la infracción de los derechos de P.I. inevitablemente conllevará algún tipo de suposición sobre el funcionamiento de los mercados. La ventaja de los modelos económicos es que explicitan estas suposiciones y evalúan sus efectos de forma rigurosa.

17. A continuación, se revisan las conclusiones clave de la bibliografía económica para los diversos tipos de propiedad intelectual, empezando por las violaciones del derecho de marcas y pasando a las infracciones del derecho de autor, las patentes y los derechos de P.I. conexos. Tras resumir los distintos efectos sobre el bienestar que se prevén en la bibliografía, se considerarán varios efectos adicionales que no suelen examinarse en los estudios de instituciones académicas. A lo largo de esta sección, no se tratarán por el momento los costos directos de la observancia de los derechos de P.I., que serán el objeto de debate de la sección 5.

Cuadro 1: Modelos de equilibrio parcial y bienestar económico

Los estudios económicos a los que se hace referencia en esta sección toman como modelo para los efectos de la falsificación y la piratería el equilibrio parcial, lo que implica que se centran sólo en el mercado para una mercancía (o un tipo de mercancía) y no tienen en cuenta las relaciones de ese mercado con la economía en general. De este modo, se da por hecho que los salarios en el conjunto de la economía y los precios de las mercancías que se venden en otros mercados son constantes.

Según los modelos de equilibrio parcial, el bienestar económico se mide sumando el superávit del consumidor y el productor. En pocas palabras, el superávit del consumidor es la diferencia entre el precio máximo que un consumidor está dispuesto a pagar por un producto y el precio de mercado real. De forma intuitiva, se entiende que cuanto más bajo sea el precio de mercado, mayor será el ahorro del consumidor al no desembolsar lo que estaba preparado a pagar. A su vez, el superávit del productor mide la diferencia entre el precio de mercado y el precio mínimo al que el productor estaría dispuesto a vender el producto. Del mismo modo, cuanto más alto sea el precio de mercado, mayor será el beneficio para el productor al vender el producto por más de lo que habría bastado para cubrir costos.

Los modelos de equilibrio parcial introducen determinadas suposiciones sobre las preferencias del consumidor, la estructura de costos del productor y sus prácticas en materia de competencia. El grado de observancia de los derechos de propiedad intelectual tiene un efecto en una o varias de estas variables y, en último caso, en los precios de mercado, lo que puede dar lugar a cambios en los superávits del consumidor y el productor.

La falsificación de marcas

18. Una consideración crucial para evaluar las implicaciones para el bienestar de la falsificación de marcas es si los consumidores son conscientes de que están comprando productos de una marca falsificada o no. Por ejemplo, la mayoría de los compradores de un reloj de 10 dólares de los Estados Unidos que lleva la etiqueta de Rolex saben perfectamente que han comprado un producto falsificado. A menudo, se puede distinguir a simple vista si un producto es una falsificación o es auténtico y, incluso cuando no es así, la mayor parte de los consumidores saben que los relojes Rolex auténticos no cuestan 10 dólares. Por el contrario, no es fácil saber a simple vista si un producto farmacéutico está falsificado, y es poco probable que el precio de compra aislado baste para darnos más información sobre el origen del producto.

19. En primer lugar, se analizará la falsificación de productos dando por hecho que los compradores realmente no saben que están comprando un producto falsificado. A continuación, se pasará al caso en que los compradores saben que están adquiriendo una

falsificación. Como quedará claro, las consecuencias en términos de bienestar respecto de las falsificaciones en estos dos casos difieren considerablemente.

Caso 1: Los consumidores no son conscientes

20. Si los consumidores no son capaces de distinguir por sí mismos los productos falsificados de los originales, la presencia de productos falsificados merma la función de identificación de las marcas, como se describió en la sección anterior. Inevitablemente, los consumidores se verán perjudicados. En el mejor de los casos, los compradores de los productos falsificados obtendrán un valor del producto menor que el precio que pagaron por él y, en el peor de los casos, estarán expuestos a daños físicos si los productos falsificados entrañan riesgos para la salud o la seguridad. Además, el consumo de productos con marca falsa puede ocasionar daños a otros individuos –por ejemplo, cuando la ingesta de medicamentos que no tienen niveles suficientes de ingredientes activos o que carecen de ellos aumenta el riesgo de contagio de una enfermedad, o cuando una pieza de recambio de un vehículo es defectuosa y provoca un accidente de tráfico¹⁰–. En la jerga de los economistas, el consumo de productos falsificados puede acarrear “externalidades negativas”.

21. A largo plazo, si los consumidores son conscientes de que el derecho de marcas no se respeta adecuadamente, para empezar puede que deje de haber mercado para determinados productos de alta calidad. Los consumidores no querrán pagar el precio íntegro de un original de alta calidad por miedo a que pueda ser una falsificación. A su vez, los productores no querrán vender sus productos originales a precios más bajos. En definitiva, la deficiencia del mercado que provoca una información asimétrica tiene exactamente el efecto que predijo George Akerlof hace más de 30 años.

22. Los únicos que se benefician de la falsificación son los productores de artículos falsificados. Sin embargo, los beneficios adicionales que obtienen estos productores son obligatoriamente inferiores a las pérdidas que infligen a los consumidores y productores de originales, por lo que el bienestar para la economía en general suele ser inferior si existe falsificación.¹¹

23. Este resultado se da tanto en las economías cerradas como en la economía mundial. Cabe preguntarse qué ocurre si los productores de artículos falsificados están ubicados en unos países y exportan una cuota considerable de la producción, mientras que las ventas

¹⁰ Del mismo modo, los productos falsificados de calidad inferior a la normal pueden dañar el medio ambiente. En la industria química, se ha constatado que los fertilizantes falsificados han destrozado cosechas en China, Federación de Rusia, Italia y Ucrania (OCDE, 2008)

¹¹ Grossman y Shapiro (1998a) confirman el efecto de reducción del bienestar de la falsificación cuando el acceso a los mercados de productos originales es libre. Sorprendentemente, también consideran que los efectos sobre el bienestar son más ambiguos si el número de productores de artículos originales de un mercado concreto es fijo. Este resultado aparentemente ilógico se debe a que las asimetrías de la información hacen que los mercados no tengan un rendimiento tan satisfactorio incluso si no hay falsificación. A su vez, la existencia de falsificación puede alterar la rivalidad entre los productores de artículos originales de manera que éstos suministren productos de mayor calidad, lo que representa un aumento del bienestar del consumidor. No obstante, no están claras las implicaciones políticas de este resultado particular, ya que a los gobiernos les resultará difícil perfeccionar la observancia del derecho de marcas tanto como para maximizar el bienestar general.

nacionales representan una parte insignificante de dicha producción. Por ejemplo, el 90 % de las actividades infractoras de derechos de P.I. interceptadas en las fronteras europeas en 2006 tenían su origen en sólo 8 países, de los que China representaba por sí sola el 79% de las confiscaciones.¹² Aunque los productores de estos países se aprovechan sin lugar a dudas de las actividades de falsificación, no queda claro en qué medida las economías que los albergan salen ganando en su conjunto. Los efectos sobre el bienestar dependerán de las modalidades de la ventaja comparativa y, en especial, de cómo se usarían los factores de producción de esas economías si la falsificación no fuese factible. Sin embargo, una mayor observancia del derecho de marcas puede desembocar fácilmente en pérdidas de empleo considerables a corto plazo en los países en cuestión –asunto que se volverá a abordar más tarde.

Caso 2: Los consumidores son conscientes

24. Cuando los consumidores saben perfectamente que están adquiriendo falsificaciones, cabe preguntarse por qué prefieren un producto que lleva una etiqueta falsificada en lugar de un producto “genérico” de igual calidad. La única explicación verosímil es que creen que el hecho de lucir una marca particular concede prestigio o estatus. El prestigio puede ser en parte imaginario, por ejemplo cuando un consumidor está orgulloso de llevar el mismo bolso que una actriz de Hollywood. Lo más común es que los consumidores concedan un valor a la pertenencia a un club exclusivo de compradores que comparten las mismas preferencias y pueden permitirse productos de alto prestigio. Por tanto, la atracción de ciertos consumidores por el estatus debe incluirse en los cálculos relativos al bienestar social. En un principio, esta práctica puede parecer injustificada. Sin embargo, el gusto por el estatus existe realmente. Si no, ¿por qué otra razón iba un consumidor a estar dispuesto a pagar varios miles de dólares por un reloj de marca, cuando un aparato de relojería genérico y fiable puede comprarse por mucho menos dinero? En efecto, la sola existencia de productos de lujo falsificados es una prueba de que el estatus es importante.

25. En cuanto a lo que puede afirmarse sobre las consecuencias para el bienestar respecto de la falsificación en estas circunstancias, es en primer lugar, que seguramente los consumidores que compran productos falsos con conocimiento de causa están más satisfechos si hay actividades de falsificación. Siempre tienen la opción de comprar bien el producto original o bien el genérico de una calidad comparable. Si eligen el producto falsificado a sabiendas, su decisión refleja una disyuntiva racional entre el precio, el estatus y la calidad.¹³

26. Para los consumidores de productos originales, una cuestión crucial es si su bienestar se ve afectado por la presencia de productos falsificados y en qué medida. En primer lugar, imaginemos que esos consumidores se dan perfecta cuenta de si otros compradores adquieren productos falsos u originales. En ese caso, su bienestar no sufre, ya que la composición del club exclusivo de compradores de originales sigue siendo la misma. Su bienestar puede incluso aumentar, ya que la presencia de productos falsificados puede aumentar el estatus que confiere poseer el producto “de verdad”.

¹² Véase Comisión Europea (2006).

¹³ La OCDE (2007) reconoce que incluso cuando los consumidores compran productos falsos a sabiendas, pueden sufrir una pérdida de utilidad, por una inesperada calidad inferior de dichos productos. Sin embargo, esta predicción parece excesivamente pesimista. En el caso de muchos productos falsificados, como la ropa o los bolsos, hay poca inseguridad sobre la calidad en el momento de la compra. Incluso cuando existe esta incertidumbre, no se sabe por qué los consumidores racionales sobrestiman sistemáticamente la calidad de los productos falsos.

27. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, es más probable que los consumidores de originales no distinguan si otros consumidores poseen productos falsificados u originales. En el caso de muchos artículos y accesorios de moda, la diferencia entre un producto original y uno falsificado sólo puede apreciarse tras una observación meticulosa, o bien, por la elegancia de la tienda donde se compra el producto. Es frecuente que un observador casual no distinga entre productos falsificados y originales. De hecho, los consumidores de productos falsificados no podrían disfrutar de ningún estatus gracias a sus productos si no consiguiesen simular bien que poseen el producto auténtico.

28. Grossman y Shapiro (1988b) elaboran un modelo sencillo según el cual el prestigio que un consumidor obtiene gracias a una marca determinada está en relación inversa al número de consumidores que posee productos de esa misma marca –independientemente de si esos productos son falsos o auténticos. Por tanto, la existencia de productos falsificados mina el prestigio que conlleva poseer el producto genuino, lo que deja a los compradores de estos productos auténticos peor parados a causa de la falsificación. Sin embargo, Grossman y Shapiro demuestran que las consecuencias de una observancia más estricta del derecho de marcas para el bienestar económico en su conjunto son ambiguas: en función de las estructuras de la demanda, la pérdida que sufren los consumidores de productos falsificados puede exceder al beneficio de los consumidores de originales.¹⁴

29. Si se da una mayor observancia del derecho de marcas, los titulares de las mismas verán aumentados sus beneficios, ya que algunos consumidores pasarán del consumo de productos falsificados a productos originales. A la larga, una mayor rentabilidad del mercado de productos auténticos alentará a más empresas a entrar en dicho mercado. La llegada de nuevas marcas provoca un beneficio doble para los consumidores de originales: cada marca es adquirida por menos consumidores, lo que aumenta el prestigio que se asocia a dicha marca, y al haber una mayor competitividad entre las marcas, caen los precios de esos productos.¹⁵ A pesar de estos beneficios adicionales del acceso al mercado, las consecuencias para el bienestar de una mayor observancia del derecho de marcas siguen siendo ambiguas, ya que la pérdida de los consumidores de productos falsificados puede seguir superando toda ganancia de los consumidores de originales.

30. Hay dos consideraciones que complican todavía más una evaluación de los efectos de la falsificación sobre el bienestar ya compleja de por sí. En primer lugar, la existencia de productos que confieren prestigio puede llevar a aquellos consumidores que no pueden permitirse los originales a envidiar a los que sí pueden. Dado que la existencia de productos falsificados contribuye a reducir esta forma de envidia, puede haber unas pérdidas adicionales de bienestar si se observase el derecho de marcas en mayor medida.¹⁶ En segundo lugar y

¹⁴ Además, una mayor observancia del derecho de marcas llevará a algunos consumidores de productos falsificados a pasarse a los originales. Si se restringe el acceso al mercado, este efecto tendrá un impacto positivo en el bienestar, ya que impulsará a los productores de originales de los oligopolios a ampliar la producción. Sin embargo, el efecto sobre el bienestar global sigue sin estar claro.

¹⁵ Técnicamente, los precios de los productos de marca sólo caen si las curvas de demanda subyacentes son convexas.

¹⁶ La inclusión de los efectos relativos a la envidia en la utilidad para el consumidor también puede considerarse injustificada. No obstante, en varios estudios del ámbito de la economía del comportamiento se ha confirmado la existencia de estos efectos en diversas situaciones. Véase Zizzo (2007) para un repaso reciente de la bibliografía.

habida cuenta de que es muy probable que los consumidores que pueden permitirse productos originales tengan ingresos más elevados que los que no, quizá una mayor observancia del derecho de marcas tenga implicaciones en cuanto a la distribución. Un gobierno que aspire a una distribución más igualitaria de los ingresos reales puede asignar un peso mayor a los consumidores de bajos ingresos en sus cálculos del bienestar social. En general, la inclusión de cuestiones relativas a la distribución en estos términos hace que sea más probable que una observancia del derecho de marcas más intensa haga disminuir el bienestar económico en su conjunto –si bien, en último término, sigue siendo una cuestión empírica.

Infracciones del derecho de autor, las patentes y los derechos de P.I. conexos

31. En general, las vulneraciones del derecho de autor, las patentes y los derechos de P.I. conexos afectan a la disyuntiva expuesta anteriormente: debilitan los incentivos para invertir en actividades inventivas y creativas, pero benefician a los usuarios de estos derechos permitiéndoles acceder a productos protegidos por los mismos a precios competitivos.¹⁷ Si los gobiernos mantienen unos estándares de protección óptimos para la sociedad, las violaciones de los derechos de P.I. llevarán necesariamente a una pérdida de bienestar. No obstante, es difícil que la primera parte de la ecuación anterior se cumpla. Los propios regímenes de patentes y derecho de autor son a menudo el reflejo de la historia, de reglas generales y de la influencia de intereses creados. La optimización económica desempeña un papel mínimo –especialmente porque los beneficios sociales de las actividades inventivas y creativas no se conocen *ex ante*. Si el grado de protección que se estipula en las leyes es demasiado elevado, algunos niveles de infracciones de los derechos de P.I. aumentarán el bienestar. Si el grado de protección es demasiado débil, toda vulneración de los derechos de P.I. desembocará invariablemente en un bienestar menor.

32. Una cuestión interesante es saber cómo se verán afectados los consumidores de productos originales si se intensifica la observancia de los derechos de P.I. Una menor competitividad por parte de los productos infractores de los derechos de P.I. puede aumentar el poder de mercado de los titulares de derechos de P.I., lo que conllevaría un aumento de precio de los originales. Sin embargo, el efecto en los precios también dependerá de la sensibilidad a los precios que muestre la demanda del grupo de consumidores que compran originales. Si su sensibilidad a los precios es más baja que la sensibilidad media de todos los consumidores de la economía, los productores de originales pueden responder a una mayor observancia bajando sus precios. Este resultado es coherente con el hecho de que los consumidores de originales sean relativamente acomodados con respecto a los consumidores de productos ilegales. De hecho, es frecuente que las obras originales sujetas a derecho de

¹⁷ Johnson (1985) demuestra que las pérdidas adicionales de bienestar se producen cuando se emplean más recursos en producir una copia que en producir un original. No obstante, la digitalización ha hecho que copiar sea mucho menos costoso, por lo que es poco probable que los costos de producción de los productores de originales sean muy inferiores. A su vez, Besen y Kirby (1989) prueban que los productores de originales pueden incluso beneficiarse de la copia si el costo marginal de producir copias aumenta con el número de copias. Una vez más, con la tecnología de copia moderna, es poco probable que este supuesto se cumpla. Por último, Bakos et al. (1999) señalan que las pequeñas comunidades sociales (como una familia o un grupo de amigos) que comparten material protegido por derecho de autor pueden hacer aumentar o disminuir los beneficios de los titulares de los derechos de autor, en función de la estructura de las preferencias del consumidor. No obstante, su análisis no se aplica a la piratería comercial a gran escala –que constituye el principal objeto del presente documento–.

autor (por ejemplo, las grabaciones audiovisuales) sean más caras en los países en desarrollo con índices de piratería más elevados, ya que los titulares de los derechos de autor fijan precios que reflejan en mayor medida la demanda de los consumidores con ingresos elevados.¹⁸ No obstante, es muy posible que los efectos en los precios frente a una mayor observancia de los derechos de P.I. sean limitados si la distribución de los ingresos es tal que sólo unos pocos consumidores puedan permitirse pasar del consumo de productos infractores al consumo de productos legítimos.

33. Como en el caso de las marcas, es probable que una mayor observancia del derecho de autor, las patentes y los derechos de P.I. conexos tenga consecuencias en la distribución, que los gobiernos pueden querer tener en cuenta en sus cálculos sobre el bienestar social. La forma en la que la distribución de los ingresos reales se vea afectada dependerá, en parte, de los ingresos medios de los consumidores de productos ilegales en comparación con los ingresos medios de los trabajadores que se dedican a actividades creativas e inventivas. En los países en desarrollo, donde la mayor parte de la propiedad intelectual recae en residentes extranjeros, los gobiernos que tratan de promover una distribución más equitativa de los ingresos reales pueden conferir más relevancia a las pérdidas de bienestar que sufren los consumidores de productos que infringen los derechos de P.I., de ingresos bajos, en lugar de reforzar el incentivo para que se invierta en actividades creativas e inventivas. Una vez más, los efectos sobre el bienestar nacional y mundial de una mayor observancia de los derechos de P.I. siguen siendo en último caso una cuestión empírica.

34. Independientemente de estas consideraciones generales, existe una característica importante del mercado que influye en el cálculo relativo al bienestar asociado a ciertos tipos de vulneraciones de los derechos de P.I.: la existencia de una conexión con la demanda.

Conexión con la demanda

35. En algunos casos, la valoración que haga el consumidor de un producto será mayor al aumentar el número de otros consumidores que lo poseen. Los economistas llaman a esta interdependencia positiva de la valoración entre consumidores “efectos externos de red” (o economías de escala del lado de la demanda).¹⁹ Un ejemplo serían los paquetes de programas informáticos protegidos por el derecho de autor. En este caso la apreciación de una aplicación de tratamiento de textos adquirida por una persona será tanto mayor si otros colegas y amigos también la utilizan, de modo que pueden intercambiar fácilmente entre sí los documentos en formato electrónico. También ciertas tecnologías patentadas que seguidamente se convierten en normas industriales podrían producir efectos externos de red.

¹⁸ La fijación de precios en un país concreto también puede reflejar las políticas de importación paralelas de los países extranjeros. Los titulares de derechos pueden no querer ofrecer un precio más bajo en su país por temor a que los productos se exporten en paralelo a mercados de países ricos debilitando los precios más altos de estos mercados. Véase Fink (2005).

¹⁹ En los hechos, los productos que presentan efectos externos de red pueden considerarse el caso opuesto de los productos de prestigio, en que la valoración del consumidor disminuye al aumentar el número de otros consumidores (véase lo expuesto *supra*).

36. ¿Qué sucede cuando se reproducen de manera ilícita productos con efectos externos de red, por ejemplo un programa informático de uso generalizado? En el caso más general, los consumidores de versiones piratas de tal producto probablemente salgan ganando, ya que obtendrán el programa sin tener que pagar regalías. Por ejemplo, el *Office Suite* de Microsoft, cuyo precio de venta en los Estados Unidos se eleva a varios cientos de dólares, puede adquirirse ilegalmente por unos pocos dólares en muchos países en desarrollo. Sin embargo, también quienes posean la versión original se beneficiarán de la presencia de copias piratas, ya que así se expande la red de usuarios del producto en cuestión.

37. Es más, Takeyama (1994) afirma que incluso el productor originario del programa puede sacar provecho de su reproducción no autorizada. El razonamiento que conduce a esta conclusión consiste en que la apreciación mayor de los consumidores podría permitir al productor aumentar el precio de los productos genuinos y, por ende, sus beneficios. En teoría, los fabricantes de programas podrían lograr el mismo alto nivel de beneficios regalando sin más copias lícitas a quienes, de otro modo, se procurarían copias piratas. Sin embargo, en los hechos esta estrategia no es posible, porque en tal caso también los consumidores dispuestos a pagar el precio completo del producto original engrosarían las filas de los aspirantes a una copia gratuita. Dicho de otro modo, en el caso de reproducción ilícita de productos con efectos externos de red, el productor de programas puede dividir el mercado en diversos segmentos, estableciendo una política de precios diferenciados, con lo cual sus beneficios serían superiores a los obtenidos en condiciones de ausencia total de piratería.²⁰

38. Esta constatación abre la posibilidad de que las infracciones de los derechos de propiedad intelectual constituyan una mejora del índice Pareto, en el sentido de que una situación más holgada de unos no implica el empeoramiento de la de otros. No obstante, en cualquier caso las ganancias de los productores que son titulares de derechos de P.I. están aseguradas. Al producirse índices muy elevados de infracción es que dichos productores registrarán pérdidas. Al final, la tendencia del efecto sobre el bienestar será una vez más una cuestión empírica, en función, entre otras cosas, de la intensidad de los efectos externos inmediatos y la distribución de ingresos entre los consumidores.

39. Algunos observadores también han señalado efectos externos de red en el caso de material protegido por el derecho de autor, cuando su utilización requiere la posesión de un soporte físico. Por ejemplo, índices más elevados de piratería de las grabaciones musicales podrían traer aparejado una mayor demanda de reproductores de CD, lo que, a su vez, podría estimular la demanda de CD legales.²¹ Sin embargo, el papel creciente de Internet en la difusión de material sujeto al derecho de autor tal vez reduzca la importancia de tales efectos externos.

²⁰ La piratería de programas informáticos podría incluso resultar beneficiosa para los productores de las versiones originales en una perspectiva a largo plazo. En presencia de efectos externos de red y cuando pasar a un producto distinto representa un alto costo, los usuarios de productos piratas tal vez prefieran en adelante adquirir las nuevas versiones del producto original cuando se intensifique en el futuro la protección del derecho de autor.

²¹ Pruebas empíricas de esta relación entre la demanda de reproductores de CD y de música grabada pueden encontrarse en Gandal et al. (2000). El trabajo de Karaca-Mandic (2003) señala algo similar para el caso de lectores de DVD y discos de vídeo digitales.

40. Otro efecto puede producirse en el caso de ciertas obras audiovisuales. En la decisión del comprador suele influir el comportamiento de sus semejantes en el mercado. Ya sea porque le han informado de la existencia de un nuevo producto, o simplemente porque desea atenerse a las tendencias en boga.²² Si bien estos tipos de conexión con la demanda difieren de los efectos de red señalados anteriormente, sus implicaciones son similares: la difusión de productos piratas puede estimular la ulterior demanda, que en parte podría luego orientarse a la adquisición de copias lícitas. Además, en función de la estructura de la demanda, teóricamente puede admitirse que los titulares de derechos de autor salen beneficiados cuando la piratería no sobrepasa ciertos límites.

Resumen

41. El Cuadro 1 resume los efectos sobre el bienestar de una observancia más rigurosa de las marcas en relación con los distintos tipos de derechos de P.I. expuestos en la presente sección. El cuadro también ofrece ejemplos de productos correspondientes a las distintas categorías de infracción de los derechos de P.I. La clasificación es un tanto rudimentaria, por cuanto un producto bien puede caber en varias categorías al mismo tiempo. Del mismo modo, el signo de los efectos sobre el bienestar es apenas indicativo. En algunos casos, los mismos dependen de determinadas hipótesis relacionadas con la demanda y la oferta en el mercado.

42. Además, allí donde los efectos sobre el bienestar para el conjunto de la economía son ambiguos, la inclusión de determinados objetivos de distribución repercutirá en el signo final de los resultados. No obstante estas salvedades, el cuadro muestra claramente que los diversos tipos de transgresión de la propiedad intelectual tienen efectos diversos para los consumidores, los productores y la economía en general. Los gobiernos harían bien en tener en cuenta estas diversidades a la hora de elaborar estrategias de observancia de los derechos de P.I. y al decidir la distribución de los escasos recursos disponibles en este terreno.

²² Un análisis metódico de estos efectos figura en Bumkrant y Cousineau (1975).

Cuadro 1: Síntesis de los efectos sobre el bienestar de una observancia más rigurosa de los derechos de propiedad intelectual

Derechos de propiedad intelectual	Característica del mercado	Ejemplos de productos	Efectos sobre el bienestar de una observancia más rigurosa de los derechos de propiedad intelectual
Marcas	Hay engaño al consumidor	Fármacos, productos químicos, plaguicidas, piezas de recambio para vehículos, alimentos y bebidas, productos de tabaco, piezas de instalaciones eléctricas, juguetes	<u>Consumidores:</u> positivos (especialmente ante efectos externos negativos) <u>Productores:</u> positivos <u>Economía:</u> positivos
	No hay engaño al consumidor	Prendas de vestir, calzado, carteras, accesorios personales (gafas solares, artículos de cueros y pieles, relojes), artículos de tocador	<u>Consumidores de productos falsificados:</u> negativos <u>Consumidores de productos genuinos:</u> positivos <u>Productores:</u> positivos <u>Economía:</u> ambiguos
Derecho de autor, patentes y derechos conexos de P.I.	No hay conexión con la demanda	Diseños (automóviles, herramientas, juguetes), tecnología industrial, obras literarias	<u>Consumidores de productos infractores:</u> negativos <u>Consumidores de productos originales:</u> ambiguos <u>Productores:</u> positivos <u>Economía:</u> positivos, siempre que las normas de protección sean socialmente óptimas; de lo contrario, ambiguos
	Hay conexión con la demanda	Ciertos tipos de programas informáticos, tecnología patentada que se convierte luego en norma industrial, grabaciones audiovisuales, DVD, computadoras y juegos de vídeo	<u>Consumidores de productos infractores:</u> negativos <u>Consumidores de productos originales:</u> negativos <u>Productores:</u> ambiguos <u>Economía:</u> ambiguos

Otros efectos

43. Además de las implicaciones centrales para el bienestar que acabamos de señalar, existen tres canales más por los cuales las infracciones de los derechos de P.I. pueden afectar al rendimiento económico y demás aspectos del bienestar de la sociedad. En particular, una observancia más rigurosa de los derechos de P.I. puede traer efectos en lo que se refiere al ingreso fiscal, el empleo y el delito organizado.²³ En lo que queda de esta sección expondremos brevemente los posibles efectos a corto y largo plazo observables en dichas esferas y señalaremos las dificultades que su evaluación supone. Veremos que un problema general en este contexto es el establecimiento de modelos hipotéticos de situación apropiados, que permitan comparar los distintos regímenes de observancia.

Ingreso fiscal

44. Nadie puede dudar de que una observancia más rigurosa de los derechos de P.I. reportaría mayores ingresos al Estado por concepto de impuestos. Dado el carácter ilegal de la transacción, los consumidores de productos falsificados o piratas no abonan impuestos, ya sea sobre las ventas, el valor añadido o el consumo, al proceder a su compra. De inducir la observancia más rigurosa de los derechos de P.I. a algunos consumidores a pasar de productos ilícitos a productos legales, cabe esperar que el Estado obtenga más dinero de dichos impuestos.²⁴ Un aumento de las ganancias de los productores que detentan derechos de P.I. podría dar lugar, a su vez, a una mayor recaudación de impuestos sobre el ingreso de las empresas. Por último, allí donde los países mantienen aranceles positivos de importación y el perfeccionamiento de las medidas de observancia en la frontera produce a un aumento de la importación legal de bienes, el ingreso fiscal recibirá un impulso adicional.

45. Si bien el aumento de los ingresos por concepto de impuestos seguramente será al principio motivo de beneplácito para los gobiernos, la pregunta de fondo es la siguiente: ¿qué hacer con estos recursos adicionales? En principio, el aumento del ingreso fiscal a la larga no modificará las preferencias de la sociedad en materia de gasto público. Por lo tanto, los gobiernos pueden utilizar los recursos adicionales para reducir los tipos impositivos o saldar parte de la deuda nacional. La nueva política fiscal lleva en sí la posibilidad de aumentar la eficiencia económica, pero tal resultado no está garantizado. Depende de las medidas concretas aplicadas en el terreno impositivo y de consideraciones más amplias, relacionadas con la gestión de la deuda pública. Asimismo, las consecuencias de la reducción de la evasión fiscal en lo que se refiere a la distribución del ingreso no están claras de antemano. El resultado final dependerá de qué impuestos se verán afectados por el reforzamiento de la

²³ Una consideración adicional merece el despilfarro que representa la destrucción de productos falsificados o piratas o incautados. No obstante, según indican Grossman y Shapiro (1988b), los fabricantes de productos infractores de los derechos de P.I. trasladarán las pérdidas producidas por la incautación de sus envíos cargando al consumidor un precio superior por los productos que consiguen introducir en los mercados, un factor que ya hemos considerado en el análisis precedente. Cuando el Estado no puede organizar subastas de los productos incautados otorgándoles la calidad de productos “genéricos”, tiene que asumir los costos adicionales de su destrucción. Éstos cabe entender como parte de los costos que acarrearán las medidas de observancia de la ley, tema al que volveremos en la sección 5.

²⁴ Teóricamente es también posible que el ingreso fiscal sea por el contrario menor, cuando la observancia más rigurosa de los derechos de P.I. provoca una caída perceptible de los precios de los productos originales, como ya hemos señalado.

observancia de los derechos de P.I., así como del nivel real de ingresos individuales de quienes pagarán más o menos impuestos.

Empleo

46. A los economistas les gusta pensar que, a la larga, las economías convergerán en el pleno empleo (salvo el desempleo natural). O sea, los trabajadores que pierden el empleo como consecuencia de una política más rigurosa de observancia de los derechos de P.I. encontrarán invariablemente otros empleos. Por definición, a largo plazo las políticas de observancia no repercuten en los índices de desempleo.

47. No obstante, este punto de vista es parcial, y ello por dos motivos. En primer lugar, al principio puede producirse un desempleo considerable. En muchos países en desarrollo, la distribución de productos falsificados y piratas es frecuentemente una importante fuente de trabajo para los trabajadores de escasa calificación. Por lo general no hay una red de seguridad social que alivie la situación de los trabajadores del sector informal que pierden su trabajo. Estos trabajadores y sus familias van a pasar, en consecuencia, por difíciles momentos y, ante la falta de soluciones legales, probablemente vuelvan a caer en negocios infractores de los derechos de P.I. Como se verá en la sección 5, una reducción sostenida de los índices de piratería y falsificación probablemente requiera la creación de oportunidades de empleo legal para los trabajadores de escasa calificación que se ganan la vida vendiendo productos falsificados y piratas.

48. En segundo lugar, el mejoramiento de las medidas de observancia de los derechos de P.I. puede repercutir en la estructura del empleo de la economía en su conjunto. En el estudio de la OCDE (2007) se indica que las condiciones de trabajo del sector informal que infringe los derechos de P.I. son miserables, la remuneración es baja y los trabajadores están expuestos a riesgos sanitarios y de seguridad. En cambio, los empleos creados por los titulares de derechos de P.I. tienden a estar mejor pagados y dan a los trabajadores mayores ventajas y seguridad laboral. Ahora bien, tal comparación es a todas vistas superficial. Las condiciones de trabajo en el sector informal tal vez sean pésimas, pero el hecho de que haya trabajadores dispuestos a aceptarlas da a entender que no tienen alternativa. Además, el número de empleos perdidos al reforzar la observancia de los derechos de P.I. tal vez supere al de empleos ganados y, en todo caso, las características de los trabajadores afectados, y posiblemente del país donde viven, serán diferentes. Por lo dicho, los efectos estructurales resultantes de una observancia reforzada de los derechos de P.I. son difíciles de evaluar, pues dependen de la dinámica general del mercado laboral.

El delito organizado

49. Que las infracciones a los derechos de P.I. pueden estimular al delito organizado se desprende de su propia definición, puesto que la falsificación y la piratería a escala comercial son delitos y su realización requiere no pocos esfuerzos organizativos. Ahora bien, el motivo de preocupación suele ser más amplio. La OCDE (2007) brinda datos probatorios de que ciertos grupos y personas que organizan y se benefician de operaciones contrarias a los derechos de P.I. pueden estar implicados también en otras actividades delictivas, como el tráfico de heroína, la prostitución, la extorsión y el contrabando de personas. Gracias a su actividad en diversos campos del delito pueden llegar a constituir verdaderas “economías de

alcance”.²⁵ Siendo así, las actividades de falsificación y piratería pueden estimular otras formas del delito; inversamente, el reforzamiento de la observancia de los derechos de P.I. mediante la represión de las bandas que se esconden detrás de las infracciones a gran escala de tales derechos puede originar también una reducción de otras formas de actividad delictiva. En la jerga económica, el mejoramiento de la observancia de los derechos de P.I. puede producir “un efecto externo positivo”. Dicho esto, no está claro si los escasos recursos dedicados a la observancia deban concentrarse en la represión de las infracciones de los derechos de P.I., en detrimento de los demás delitos, siempre que tal distinción sea necesaria.

50. La OCDE (2007) señala también que hay indicios que prueban la existencia de vínculos entre las actividades de falsificación y piratería y la financiación de grupos extremistas y paramilitares, particularmente en Irlanda del Norte, Kosovo y ciertas zonas francas de América del Sur. Una vez más cabe afirmar que el mejoramiento de la observancia de los derechos de P.I. puede contribuir a reducir los daños que estos grupos infligen a las sociedades, aunque ha de tenerse en cuenta que dichos grupos pueden reaccionar y pasar a otras formas, incluso legales, de financiación.

51. Valga la advertencia final de que los testimonios que dan cuenta de la existencia de vínculos entre las infracciones de los derechos de P.I., el delito organizado y la financiación de grupos extremistas son puramente anecdóticos. Aunque tales indicios sean dignos de crédito, se necesitan pruebas más sistemáticas acerca de los efectos externos potencialmente positivos de una acción más consecuente en favor de la observancia. De no ser así, las referencias poco rigurosas a los vínculos con el delito organizado o incluso al “terrorismo” podrían servir de pretexto para los interesados que salen ganando de una observancia reforzada de sus derechos exclusivos.

4. PRUEBAS EMPÍRICAS

52. De lo expuesto en la sección anterior se desprende que los efectos económicos de las infracciones de los derechos de P.I. dependen fundamentalmente del tipo de derecho de que se trate y de las características del mercado en el que tengan lugar. Al elaborar una estrategia de observancia de estos derechos, los responsables de las políticas sacarán provecho de los análisis empíricos acerca de los resultados que obtengan productores, consumidores y el bienestar económico en general, en función de los diversos modelos de políticas. Varias interrogantes surgen en especial: ¿qué proporción de la producción en cada sector y en la economía en su conjunto se ve afectada por las infracciones de los derechos de P.I.? ¿cuál es la importancia relativa de las distintas categorías que aparecen en el Cuadro 1?, ¿cuántos consumidores optarían por productos legales, de suprimirse del mercado los productos infractores?, ¿cómo repercutiría la disminución de los índices de falsificación y piratería en los precios fijados por los titulares de derechos?

53. Como se señala en la sección introductoria, la producción y venta de bienes falsificados y productos piratas escapa en gran medida de los mecanismos oficiales de registro de estadísticas. En consecuencia, escasas son las pruebas empíricas que arrojen luz sobre estas

²⁵ Por ejemplo, OCDE (2007) observa que, en China, ciertas asociaciones delictivas dedicadas al contrabando de personas con destino a Europa obligan a sus clientes a sufragar el costo del transporte trabajando como distribuidores de productos piratas.

cuestiones. Existen, no obstante, algunos estudios al respecto. La presente sección tiene por objeto examinar brevemente dichos estudios y su metodología.

54. La sección introductoria menciona que la OCDE (2007) estima el valor del comercio internacional de bienes infractores de los derechos de P.I. en 200 billones de dólares, lo que representa más del 2 % del volumen total de intercambios mundiales de mercancías en 2005. Un análisis más detallado de los métodos empleados para llegar a estas cifras revela que más bien se trata de una “conjetura razonable”, y no de una verdadera estimación. En lo fundamental, los equipos de la OCDE han utilizado índices de incautación de productos pertenecientes a diferentes categorías y países exportadores, para extrapolar cuánto representan las partes del comercio ilícito por categorías de productos en la parte global de comercio de bienes falsificados y productos piratas. Sin embargo, la parte establecida para las categorías de productos “de referencia” □ prendas de vestir, artículos de piel y cuero, así como productos de tabaco □ , sobre la cual descansa la estimación de 200 billones de dólares, no se basa en ningún dato fidedigno, sino que apenas refleja la capacidad de intuición del personal de la OCDE.

55. No debe entenderse esto como una crítica al análisis de la OCDE, si bien es de preocupar que la cifra de 200 billones de dólares se presente como un hecho comprobado en la prensa de gran difusión.²⁶ En los hechos, el estudio de la OCDE entrega un análisis fundado de la importancia relativa de las infracciones en función de las distintas categorías de productos. Dos resultados son particularmente dignos de mención. En primer lugar, el comercio de productos infractores parece concentrarse en un número reducido de categorías “sensibles”, de modo que cinco grupos de productos están representados en más de tres cuartas partes de todas las incautaciones.²⁷ Incluso, si la proporción del comercio de falsificaciones y productos piratas de estas categorías superase en mucho las estimaciones consignadas en el estudio de la OCDE, la parte correspondiente del comercio mundial probablemente seguirá siendo pequeña.²⁸ En segundo lugar, las primeras cuatro categorías afectadas, en las que se registra el 65% de las incautaciones, pertenecen, por un lado, a prendas de vestir y artículos conexos, y, por el otro, a grabaciones audiovisuales y programas informáticos.²⁹ Esta estructura da a entender que, para una proporción considerable de bienes que infringen los derechos de P.I., los compradores saben que se trata de productos

²⁶ Véase, por ejemplo, “World «losing» war against fakes and piracy”, *Financial Times* de 4 de diciembre de 2007.

²⁷ Los grupos de productos corresponden a los capítulos de dos cifras del Sistema Armonizado. Éste consta de 96 capítulos. Como reconoce el informe de la OCDE, los índices de incautación pueden ser engañosos en cuanto a la distribución relativa de productos infractores, ya que las intercepciones efectuadas por las autoridades aduaneras tal vez sean más frecuentes en las categorías consideradas como más propicias a un comercio de falsificaciones o productos piratas.

²⁸ La parte correspondiente a las cinco primeras categorías de productos en el comercio mundial es de 18,5%. Sin embargo, dentro de la categoría de dos cifras de mayor incidencia (SA85), una sola partida (SA8524) responde por el 85% de todas las incautaciones, pero sólo representa el 2% del comercio mundial. Teniendo en cuenta este margen de variación, la parte de las categorías más afectadas de productos en el comercio mundial estaría muy por debajo del 10%.

²⁹ Para ser precisos, las cuatro categorías del caso son: prendas y complementos de vestir (SA61, SA62); discos, cintas y demás soportes para grabar sonido, con inclusión de los programas informáticos (SA8524); manufacturas de cuero, artículos de guarnicionería y de talabartería, artículos de viaje, bolsos de mano y continentes similares, manufacturas de tripa (SA42); calzado, polainas, botines y artículos análogos (SA64).

falsificados o piratas, y probablemente sacan provecho de ello. De hecho, esto se confirma en las encuestas de comportamiento del consumidor, según las cuales el precio bajo es un motivo decisivo para la adquisición de productos falsificados o piratas.³⁰

56. Las asociaciones industriales que representan a los titulares de derechos de autor publican regularmente estimaciones acerca de las pérdidas de ingresos sufridas como consecuencia de la piratería.³¹ Ahora bien, estas estimaciones suelen basarse en ciertas premisas acerca de la demanda en el mercado que son cuestionables. Por ejemplo, la BSA (2007) parte de la base de que, de no existir la piratería, todos los consumidores de programas informáticos piratas se decidirían por las copias legales a su precio actual. Semejante conclusión no es realista, especialmente en los países en desarrollo, donde el bajo nivel de ingresos probablemente traiga aparejado en tal caso que muchos consumidores dejen de comprar programas informáticos legales en general. Por consiguiente, las pérdidas estimadas de los productores de programas atribuibles a la piratería son sin duda exageradas.³² Conclusiones similares surgen de un estudio experimental acerca del comportamiento para el consumo de obras musicales entre estudiantes universitarios. Maffioli y Ramello (2004) observan que, entre los estudiantes, la disposición a pagar suele ser inferior a los precios de mercado de los productos legales. Por lo tanto, una observancia mayor del derecho de autor no aumentará las ventas de copias lícitas en la misma proporción. Al mismo tiempo, este estudio revela que la disposición de los estudiantes a comprar copias piratas es considerablemente mayor que su costo marginal. Esto da a entender que posiblemente los titulares de derechos de autor responderán a una observancia más rigurosa reduciendo los precios, a fin de captar a un mayor número de consumidores.

57. Muchos estudios se han centrado al efecto del intercambio de ficheros por Internet para las ventas de discos compactos. La inmensa mayoría de estos estudios confirma un efecto negativo pero de intensidad variable, en función del método de estimación y del muestreo por ciudad o país que se analice.³³ A escala mundial, Zentner (2006) estima que el intercambio de ficheros es causante del 15 % de la disminución de ventas de discos, proporción que es mayor en los países desarrollados, donde se dan altos índices de penetración de Internet.

58. Por último, Hui y Png (2003) estiman los efectos de la piratería en la demanda de grabaciones musicales legales desde un punto de vista econométrico. Un rasgo notable del modelo utilizado es que contempla los vínculos con la demanda señalados en la sección precedente, es decir, que las ventas de productos piratas estimulan la demanda de copias legales. Aplicando su modelo a una lista de 28 países entre 1994 y 1998, los autores observan que el efecto neto de la piratería en la demanda de grabaciones musicales legales es negativo.

³⁰ Véase, por ejemplo, el informe “*Fake Nation?*”, disponible en

<http://www.allianceagainstthefit.co.uk/downloads/pdf/Fake-Nation.pdf>

³¹ Por ejemplo, BSA (2007) y FIAPF (2006). Para un comentario crítico, véase “*BSA or Just BS?*”, *The Economist*, 19 de mayo de 2005.

³² En IPFI (2007) se presenta un enfoque menos rígido del sector de grabaciones musicales, puesto que se limita a publicar una estimación del valor de los productos piratas (probablemente en función de los precios de los mismos). No explica, sin embargo, el método empleado para obtener este resultado.

³³ Véanse, al respecto, Liebowitz (2006), Peitz y Waelbroeck (2004), Zentner (2005), Michel (2005), y Rob y Waldfogel (2006). Un solo estudio, el de Oberholzer y Stumpf (2007), no constata ningún efecto de la compartición de ficheros en las ventas de CD.

No obstante, su estimación de las ventas no realizadas por los titulares de derechos de autor es en un 58 % inferior a las estimaciones de la industria. Ésta entiende que, por cada unidad pirata vendida, habrá una venta legal menos. La diferencia entre la estimación de Hui y Png y la de la industria no sólo se debe a los efectos de la conexión con la demanda, sino también a que posiblemente una observancia más rigurosa de los derechos de P.I. conduce a algunos consumidores más sensibles a los cambios de precios a abandonar el mercado.³⁴

59. El estudio de Hui y Png es de los pocos estudios econométricos que utilizan un modelo estructural de oferta y demanda aplicable a bienes protegidos por derechos de P.I.³⁵ Más estudios de esta índole podrían ser de utilidad para los que elaboran las políticas. Pese a que no logran captar los efectos a largo plazo sobre el bienestar económico general, son instructivos en cuanto a una estimación realista de las repercusiones a corto plazo del reforzamiento de la observancia de los derechos de P.I., que favorece al consumidor y a las ganancias de las empresas.

5. HACIA UNA ESTRATEGIA DE OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE P.I.

60. Los derechos de propiedad intelectual son de índole privada y el ejercicio de tales derechos es, ante todo, responsabilidad de sus titulares. No obstante, el Estado desempeña un importante papel en la observancia de los derechos privados. A los efectos de reivindicar sus derechos en caso de infracción y lograr compensaciones, las empresas deben acudir a los tribunales. Además, algunas formas de contravención de los derechos de P.I., como la piratería a escala comercial que vulnera el derecho de autor, se consideran delitos, y la represión de tales actos incumbe al Estado. Incluso en los casos en que las infracciones de los derechos de P.I. pertenecen al derecho civil, muchos sistemas jurídicos admiten las acciones llamadas “de oficio”, por las cuales los organismos competentes en materia de observancia de las leyes están autorizados a actuar para reprimir las infracciones sin que sea necesaria la denuncia previa del titular de los derechos vulnerados. Por ejemplo, tales medidas de oficio suelen aplicarse para interceptar envíos de mercancías infractoras al pasar por un control aduanero.

³⁴ Un rasgo limitante del modelo de Hui y Png es que supone que los titulares de derechos no ajustarán los precios en respuesta a una disminución de la piratería. Si la existencia de copias piratas en el mercado hace que los titulares de derechos bajen los precios, sufrirán pérdidas aún mayores, un hecho que Hui y Png no tienen en cuenta al estimar el valor de ventas no realizadas.

³⁵ En la esfera de marcas, la Asociación Internacional de Marcas (INTA, 1998) estima que los productores de prendas de vestir y calzado perdieron en 1995, en promedio, un 22% de sus ventas por efecto de la presencia de marcas falsificadas. Esta estimación resulta de un modelo econométrico basado en datos sobre las ventas de empresas escogidas y en su percepción de la calidad de la protección de las marcas en 40 países. Pero los parámetros econométricos empleados parecen dudosos. En particular, la variable marcas está en función de la cantidad de población de cada país. Los motivos de esta opción no están suficientemente explicados. Dado que la cantidad de población varía más que otros factores, puede ocurrir que esta interacción se exprese más como función de la población que de las marcas. Desgraciadamente, el estudio no menciona los resultados que se obtendría de aplicarse una variable exclusivamente referida a las marcas.

61. En principio, pues, el Estado ejerce un control considerable sobre el nivel de observancia de los derechos de P.I. en su respectiva jurisdicción. Al mismo tiempo, las medidas de observancia gastan recursos que son reales. Los tribunales, las fuerzas del orden, las aduanas y otras autoridades competentes, necesitan personal y equipos suficientes para sus actuaciones, ya sea a solicitud de una parte afectada o por su propia iniciativa. Además, el Estado cubre los costos de mantenimiento de las prisiones y, eventualmente, los gastos de la destrucción de los productos piratas y falsificados que no pueden ofrecerse en subasta como artículos genéricos. Al analizar las consecuencias de bienestar relacionadas con la piratería y la falsificación, la sección 3 soslayó los costos reales que en materia de recursos requiere la observancia de los derechos de P.I. En la presente sección exploraremos las estrategias oficiales con vistas a la observancia de esos derechos incluyendo el factor costos.

62. Las infracciones de los derechos de P.I. no se producen por el simple deseo de burlar la ley. Las personas contravienen las leyes sobre todo porque “vale la pena”. A partir del estudio fundamental de Becker (1968), los economistas han venido analizando extensamente los incentivos a las conductas ilícitas y sus implicaciones para la concepción de las políticas represivas.³⁶ Si bien la literatura al respecto no ha tratado específicamente las infracciones de los derechos de P.I., su enfoque general y algunos análisis en profundidad que tienen amplia aplicabilidad ayudan a dar forma a las políticas gubernamentales orientadas a una mayor observancia de los derechos de P.I.

63. El análisis económico parte de la existencia de un mercado de ilícitos. El lado de la oferta lo constituyen aquellas personas cuya intención es cometer actos ilegales, en particular falsificar mercancías. La decisión individual de quebrantar la ley depende de la ganancia esperada (el beneficio de la venta de los artículos falsificados), los costos que representa eludir la ley, el salario horario esperado en una actividad sustitutiva legal, la probabilidad de ser detenido y juzgado, la pena posible y, también, la atracción o repulsión que sienta la persona por las actividades fuera de la ley (una combinación de valores morales y de amor por el riesgo).

64. La demanda de ilícitos proviene directamente de los consumidores, que buscan productos de diverso nivel de calidad. Cuando los consumidores compran productos falsificados sin saberlo, la demanda de ilícitos equivale a la de un mercado normal. Cuando lo hacen conscientemente, la demanda descenderá bruscamente por debajo de la demanda corriente: sólo a un precio suficientemente inferior al de los productos originales el comprador se mostrará dispuesto a correr el riesgo de que lo descubran y le impongan una pena o, en el mejor de los casos, a desechar toda preocupación moral a la hora de sostener una actividad comercial ilícita.

65. Aun antes de tratar las medidas de observancia de los gobiernos, ya el modelo de mercado de ilícitos ofrece un cuadro ilustrativo de la amplitud que adquieren las infracciones de los derechos de P.I. Los grados de desarrollo económico harán variar indefectiblemente los niveles de equilibrio de los actos fuera de la ley. Teóricamente, este efecto es ambivalente. En el lado de la oferta, en los países de mayor riqueza probablemente los salarios de las actividades sustitutivas legales sean superiores, por lo que el costo relativo de la oportunidad de quebrantar la ley es mayor. Al mismo tiempo, los mercados más ricos tal

³⁶ Ehrlich (1996) presenta una reseña de los trabajos al respecto publicados hasta mediados de los años 90.

vez reserven a los posibles infractores un castigo más severo por vulnerar derechos de P.I. En el lado de la demanda, el nivel de ingresos medios de los consumidores en los países ricos es mayor, de modo que son menos propensos a tener en cuenta los posibles efectos de una compra para su presupuesto y, por lo tanto, será menor la tentación de procurarse productos falsificados o piratas. Los análisis empíricos muestran que los efectos primarios de la oferta y la demanda parecen ser lo predominante: el nivel de infracciones de los derechos de P.I. suele ser indirectamente proporcional al nivel de ingresos per cápita. Por ejemplo, el coeficiente relativo entre los índices de piratería de programas informáticos y el PIB en 2004 se sitúa alrededor de -0,89.³⁷ Sin menospreciar el aspecto político, esta fuerte relación da a entender que, en gran medida, es el crecimiento económico sostenido lo que producirá reducciones sustanciales de los niveles de piratería en los países menos adelantados.

66. En materia de políticas, óptimamente la parte del gasto público que los gobiernos dediquen a la observancia debería ser tal, que el beneficio marginal de la represión de las infracciones corresponda al costo marginal de la actividad represiva. Entre los beneficios marginales figuran también los efectos sobre el bienestar descritos en la sección 3. Forma parte de los costos marginales el precio de la oportunidad de renunciar al uso de los escasos recursos del Estado para suministrar otros bienes públicos. El gasto público dedicado a la observancia repercutirá en la probabilidad de intercepción y las penas aplicables a proveedores, distribuidores y consumidores (conscientes) de productos infractores, lo que produciría los esperados ajustes del mercado de ilícitos hasta restaurar el equilibrio.

67. Pese a su carácter esencialmente teórico, el enfoque económico de los comportamientos ilícitos presenta tres aspectos importantes que pueden aplicarse a la contravención de la legislación sobre derechos de P.I. En primer lugar, el nivel óptimo de gasto público dedicado a la observancia se ajusta a los niveles positivos de “equilibrio” de la falsificación y piratería. De existir otras demandas de gasto público y un rendimiento decreciente de las medidas de observancia, ello significa que la sociedad “tolera” cierto grado de quebrantamiento de la ley (Ehrlich, 1996). Desde luego, tal predicción corresponde perfectamente a la realidad observada, ya que las ventas de productos falsificados y piratas tienen lugar en todas las economías. Además, el nivel de lo “tolerable” en materia de infracciones de los derechos de P.I. puede diferir notablemente de un país a otro, entre otras cosas según las preferencias la sociedad respecto de los bienes públicos. Como se señala en la introducción, probablemente los países en desarrollo tengan otras prioridades aplicables al gasto público. Incluso en el marco de la observancia de la ley, la parte óptima de los recursos presupuestarios dedicados a la observancia de los derechos de P.I. será inferior en los países con niveles más altos de violencia o de inseguridad para el ejercicio real del derecho de propiedad. En efecto, la parte del Acuerdo sobre los ADPIC relativa a la observancia reconoce sabiamente que los gobiernos tienen ante sí demandas divergentes a la hora de distribuir los escasos recursos para

³⁷ Los índices de piratería de programas informáticos provienen de la BSA (2007), mientras que los de PIB per cápita (sobre la base de la paridad del poder adquisitivo) corresponden a los Indicadores de desarrollo mundial del Banco Mundial. Analizando los índices de incautación de diversos países, el estudio de la OCDE (2007) halla una relación de U invertida entre la propensión de un país a exportar productos falsificados y piratas y su PIB per cápita. Este resultado no necesariamente contradice la fuerte relación negativa de los índices de piratería de programas informáticos, puesto que los datos de la BSA se refieren principalmente a países de ingreso medio y alto. Con esta salvedad, la medida de propensión a la exportación según la OCDE abarca la producción (y distribución) de bienes infractores de derechos de P.I., mientras que los índices de piratería de programas tienen que ver con su consumo.

la observancia. En particular, el Artículo 41.5 del Acuerdo sobre los ADPIC establece:

Queda entendido que la presente Parte no impone ninguna obligación de instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni afecta a la capacidad de los Miembros para hacer observar su legislación en general. Ninguna disposición de la presente Parte crea obligación alguna con respecto a la distribución de los recursos entre los medios destinados a lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual y los destinados a la observancia de la legislación en general.

68. En segundo lugar, ¿han de orientarse las acciones de observancia de los derechos de P.I. a los productores y distribuidores de falsificaciones y productos piratas, o a los consumidores que adquieren conscientemente productos ilícitos? Para responder a esta pregunta es importante distinguir entre los efectos de las medidas de observancia en los individuos y en el mercado en general. En particular, un aumento del número de operaciones dirigidas contra los vendedores de productos piratas dará lugar a que algunos distribuidores abandonen el mercado, ya sea porque dichas operaciones los disuaden de proseguir la actividad, o porque fueron descubiertos y se encuentran por el momento cumpliendo penas de prisión. Pero si la producción y la demanda de bienes ilícitos no han sido erradicadas, otros distribuidores vendrán a expandir sus ventas y ocupar el lugar dejado por los que se fueron. Luego, el índice global de piratería permanecerá incambiado. Por consiguiente, puede preconizarse una dedicación especial de los esfuerzos de observancia para combatir principalmente a los productores de mercancías infractoras, los que, además, se supone que son menos. Esta concentración podría crear asimismo algunos efectos externos positivos cuando los productores se organizan en asociaciones para delinquir, según hemos visto en la sección 3.

69. En tercer lugar, además del incentivo negativo que representan las penas, los gobiernos pueden influir en el equilibrio de ilícitos positivamente, especialmente mediante medidas de creación de oportunidades de empleo legal. Tales medidas seguramente lleven a una reducción más duradera de los índices de infracción de los derechos de P.I., al alterar fundamentalmente el costo neto de la actividad ilegal. En cambio, las penas de prisión de corta duración para los infractores tendrán escasa repercusión en los estímulos personales. Al optar por una actividad ilícita, el infractor descuenta que corre el riesgo de caer preso y, por consiguiente, seguramente volverá a lo mismo después de cumplir la pena. Si bien la creación de empleos a largo plazo resulta principalmente de un crecimiento económico sostenido, a corto plazo unas medidas selectivas de estímulo del empleo en este terreno específico podrían traer buenos resultados.

70. Otra manera de contener la oferta y la demanda de ilícitos consiste en que los gobiernos (y los titulares de los derechos) sensibilicen a la opinión pública acerca del carácter ilegal de la falsificación y la piratería, así como sobre sus implicaciones sociales potencialmente negativas. Como se ha visto anteriormente, los valores morales integran el factor de costos para las personas que consideran la posibilidad de producir mercancías ilícitas, así como para sus compradores potenciales. De hecho hay muchas campañas “educativas” a nivel nacional e internacional, pero no existen pruebas empíricas de su éxito a los efectos de limitar las infracciones de los derechos de P.I.

71. Una última advertencia: conviene reconocer que la disponibilidad de recursos suficientes para financiar los organismos competentes del Estado es condición necesaria pero no suficiente de una observancia eficaz. En algunos países, estos organismos pueden pecar de ineficiencia, e incluso ciertas instituciones oficiales pueden estar implicadas en actividades de

falsificación o piratería (o en el uso de productos infractores). Por ejemplo, se ha denunciado que en ciertas bases militares de Rusia existirían unidades de fabricación de discos ópticos que producen y distribuyen productos audiovisuales piratas.³⁸ Es frecuente que a nivel de estados o municipios predominen deficiencias institucionales que escapan al control de las administraciones federales. Es difícil formular recomendaciones generales acerca de cómo superar tales deficiencias institucionales. Son por lo general específicas de cada país y tienen sus raíces en errores más amplios de la administración central, hasta el punto que una observancia pobre de los derechos de P.I. puede constituir la “quinta rueda del carro”.

6. CONCLUSIÓN

72. ¿Qué implicaciones prácticas tiene el enfoque que acabamos de presentar? Cabe perdonar a los responsables de la elaboración de políticas si consideran inútil el consejo de “igualar los beneficios marginales relacionados con las actividades de observancia y sus respectivos costos marginales”. En virtud de las consideraciones de bienestar, los gobiernos habrán de concentrar sus esfuerzos de observancia en los casos de infracción de las marcas que dan lugar a engaño (primer renglón del Cuadro 1), especialmente cuando comportan un riesgo para la salud o la seguridad del consumidor. Además, es plausible dar preferencia a la represión de los productores de bienes ilícitos, en lugar de los pequeños distribuidores, especialmente cuando los productores se vinculan al delito organizado. En cierto modo, las opciones políticas deben basarse en la opinión de las autoridades de observancia locales, generalmente las mejor situadas para evaluar qué tipo de acción es la más eficaz.

73. ¿Qué implican las consideraciones económicas aquí expuestas para la política de observancia de los derechos de P.I. en los países en desarrollo? Para empezar, es de suponer que, en esos países, el incentivo interno a la entrega de importantes recursos para la lucha contra las falsificaciones y la piratería es limitado. Por lo general, los gobiernos se enfrentan allí a otras prioridades al distribuir el gasto público. Además, en su mayoría los titulares de derechos suelen ser de origen extranjero, de donde los beneficios a corto plazo del reforzamiento de la observancia tal vez no sean evidentes, a excepción de las situaciones en que los consumidores locales sufren un perjuicio directo (tal el caso de la falsificación de fármacos).³⁹ Únicamente cuando los países alcanzan cierto nivel mínimo de ingreso y la propiedad de derechos de P.I. en manos locales se extiende, crece también el incentivo interno a la lucha contra la falsificación y la piratería.⁴⁰

74. Pero precisamente por el hecho de que la mayoría de titulares de derechos de P.I. son

³⁸ Véase el Informe especial N° 301 de 2006 de la *International Intellectual Property Alliance* (disponible en <http://www.iipa.com/rbc/2006/2006SPEC301RUSSIA.pdf>).

³⁹ En el trabajo de Baroncelli et al. (2005) puede observarse que los residentes extranjeros son responsables del 46% del registro de marcas en países de ingreso medio, y del 81% en países de ingreso bajo. No obstante, la propensión a infringir una marca es presumiblemente mayor en el caso marcas extranjeras conocidas.

⁴⁰ De un modo más general, Maskus (2000) documenta una relación de tipo U entre la intensidad de la protección de los derechos de P.I. y el nivel de desarrollo económico. En los escalones inferiores del desarrollo, el aumento de los ingresos trae aparejado el debilitamiento de la protección, en momentos en que se desarrolla la capacidad de imitación. La tendencia se invierte cuando empresas locales establecen sus propios derechos de P.I. y reclaman su protección.

extranjeros, generalmente de países de la OCDE, invariablemente los países en desarrollo se ven enfrentados a presiones de índole comercial y diplomática, a fin de refrenar las infracciones. El Acuerdo sobre los ADPIC introdujo normas mínimas de observancia de los derechos de P.I., entre ellos ciertos recursos civiles y administrativos, medidas provisionales, medidas en la frontera y procedimientos penales, que los miembros de la OMC deben incorporar a su legislación. No está claro hasta qué punto estas normas han causado cambios significativos en las políticas de observancia de los países en desarrollo. Probablemente muchos países ya se ajustaban a los requisitos de observancia del Acuerdo sobre los ADPIC antes de su entrada en vigor y, además, la aplicación de dichos requisitos admite importantes salvedades, como la relativa a la “distribución de recursos” citada en la sección 4 del presente documento.⁴¹

75. Las obligaciones en materia de observancia contenidas en los recientes acuerdos de libre comercio concertados a nivel bilateral y regional son más estrictas. Por ejemplo, los acuerdos de libre comercio en los que participan los Estados Unidos van más allá de los requisitos del Acuerdo sobre los ADPIC en varios aspectos: amplían el alcance de las medidas en la frontera, reducen el nivel mínimo de las formas de infracción de los derechos de P.I. que constituyen delitos y no invocan la cláusula de “distribución de recursos” del Acuerdo sobre los ADPIC (véase Fink y Reichenmiller, 2005). Del mismo modo, el previsto Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA) se pronuncia concretamente por el establecimiento de “nuevas normas internacionales que contribuyan a crear una norma mundial modelo para la observancia de los derechos de propiedad intelectual”.⁴² Las recientes iniciativas en otros foros –como la OMPI, el Consejo de los ADPIC, la Organización Aduanera Mundial, Interpol y la Organización Mundial de la Salud– van en la misma dirección.⁴³ La aplicación de las obligaciones de observancia conocidas como “ADPIC+” probablemente exija de los gobiernos la asignación de recursos adicionales para la lucha contra las infracciones. Existen pocos datos disponibles que sirvan de guía a los responsables de la elaboración de políticas acerca de las implicaciones concretas en el plano de los recursos de las diversas obligaciones dimanantes de los tratados. Esta laguna merece que se la considere un importante tema para futuras investigaciones. En particular, sería importante cuantificar los costos presupuestarios que se desprenden de los distintos tipos de actividades de observancia. En tal sentido, sería especialmente útil contar con estudios de caso de países que ya han procedido a reforzar sus regímenes de observancia.⁴⁴

⁴¹ Para una reseña pormenorizada de los aspectos jurídicos de las disposiciones sobre observancia del Acuerdo sobre los ADPIC, véase UNCTAD-CICDS (2005).

⁴² Véase el comunicado de prensa respectivo de la Comisión Europea, en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1573>

⁴³ Véase, en Biadgleng y Munoz Tellez (2008), una reseña de estas iniciativas. Conviene observar que existe cierta asimetría en lo que se refiere a las obligaciones internacionales de observancia. Los acuerdos internacionales en vigor y las iniciativas actuales procuran fortalecer la observancia de los derechos privados. En cambio, no hay obligación internacional para la observancia de las leyes que combaten el uso indebido de dichos derechos, por ejemplo cuando se concede erróneamente una patente para una materia ya objeto de dominio público o en el caso de prácticas comerciales anticompetitivas relacionadas con el ejercicio de la propiedad intelectual.

⁴⁴ Se han llevado a cabo estudios de caso también para otras negociaciones sobre tratados. Por ejemplo, el Banco Mundial estableció un mecanismo de asistencia técnica para ayudar a los países en desarrollo a evaluar las implicaciones en materia de costos de un nuevo acuerdo sobre facilitación del comercio en el marco de la OMC. Para más detalles, consúltese <http://go.worldbank.org/VKY547AFU0>

76. Cuando las variaciones en la distribución de los recursos a que da lugar la aplicación de tratados internacionales no corresponden a las prioridades nacionales, el gasto público de los países en cuestión se verá alterado. Esta preocupación plantea la cuestión de si el reforzamiento de la observancia de los derechos de P.I. en los países menos adelantados no debería ser financiado por los gobiernos de los países ricos. Puesto que las empresas de países desarrollados sacan un beneficio directo de una observancia más rigurosa, cabe suponer que está en el interés de sus respectivos gobiernos subvencionar las actividades de observancia en los países en desarrollo. Los argumentos en favor de las subvenciones parecen especialmente convincentes allí donde las actividades de observancia tienen en la mira a las organizaciones delictivas internacionales, puesto que limitan el flujo de productos falsificados y piratas a los mercados de los países ricos. Además, la financiación por los países ricos puede combinarse con la cooperación técnica entre las autoridades nacionales encargadas de la observancia, lo que puede dar lugar a una provechosa transferencia de conocimientos a los organismos de observancia de los derechos de P.I. de los países en desarrollo (toda vez que tales conocimientos sean aplicables en el contexto de un país en desarrollo).

77. Desde el punto de vista de los países en desarrollo, un motivo de preocupación en relación con la financiación por los países ricos, es que la misma podría desplazar la ayuda al desarrollo en sectores donde los beneficios, considerados localmente, serían mayores, como son las inversiones en materia de salud y educación. Por cierto, las cuestiones de la protección de la propiedad intelectual no figuran como temas destacados en los documentos de los países sobre estrategias de lucha contra la pobreza, que deben servir de base para la distribución de la ayuda internacional al desarrollo.⁴⁵ Por supuesto, la atribución de una ayuda al desarrollo es, en definitiva, una decisión del país donante y se inspira tanto en el altruismo como en el interés propio.

78. Otro criterio sería el de cargar los costos de observancia a los titulares de los derechos. Puede alegarse que un sistema de observancia de la ley financiado totalmente con fondos privados sería menos óptimo, ya que al menos para algunos consumidores un reforzamiento de las medidas de observancia reporta beneficios (véase el Cuadro 1), por lo que se justifica que participen en la financiación del bien público constituido por las actividades de observancia de la ley. Sin embargo, los particulares que poseen dichos derechos son los beneficiarios más directos del mejoramiento de la observancia, de modo que cabe esperar de ellos una contribución sustancial a la financiación de los costos básicos. En el caso de marcas y patentes, el Estado podría imponer un gravamen especial en el momento de registrar o renovar títulos de propiedad intelectual.⁴⁶ La cuantía de este gravamen podría definirse en función de la capitalización en el mercado o de los ingresos provenientes de las ventas de las empresas en el país, de modo que los gravámenes no perjudiquen a las pequeñas empresas, que sufren relativamente menos infracciones de su propiedad intelectual. En países más pobres, donde los activos de propiedad intelectual de mayor “valor” pertenecen a extranjeros, este método se traduciría por una financiación externa sustancial de los costos de observancia a nivel nacional. Al mismo tiempo, a medida que las empresas locales crecen y desarrollan sus propias carteras de propiedad intelectual, la parte correspondiente a la financiación de origen local será mayor. En el caso del derecho de autor, tal vez el método de gravámenes no

⁴⁵ Una exploración electrónica de más de 50 documentos nacionales publicados entre 2000 y 2007 revela que los términos “propiedad intelectual”, “derecho de autor” y “marcas” no se mencionan en absoluto en los documentos de estrategia de lucha contra la pobreza. (Véase <http://www.imf.org/external/np/prsp/prsp.asp>).

⁴⁶ Tal la propuesta de Maskus (2006).

sea factible, ya que en la mayoría de las jurisdicciones la protección del derecho de autor no requiere el registro de las obras protegidas. Ahora bien, la piratería que afecta al derecho de autor está concentrada en un número relativamente pequeño de sectores y podría establecerse un impuesto fijo a las empresas que más se benefician de las acciones de observancia.⁴⁷

79. Un apunte final: si una observancia insuficiente de los derechos de P.I. en los países en desarrollo responde a serias deficiencias institucionales, no está claro en qué medida las obligaciones inscritas en los acuerdos comerciales o las actividades de asistencia técnica pueden remediar tales deficiencias. Los resultados de los organismos de ayuda en materia de cambios institucionales en los países en desarrollo, son en el mejor de los casos, modestos. La experiencia histórica y la investigación actual determinan que una transformación institucional sólo ocurre gradualmente y es más frecuente una evolución que parte de la base, y no a través de una planificación de arriba abajo (véase Easterly, 2008). Los incentivos exteriores, tanto positivos como negativos, pueden efectivamente traer buenos resultados en la contención de las actividades de falsificación y piratería, así como en su proliferación a escala internacional. Sin embargo, en muchos casos una reducción sostenida de las infracciones a los derechos de P.I. tiene que esperar inevitablemente que se abra camino un desarrollo institucional más amplio.

Referencias

Akerlof, George A. (1970). "The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism." *Quarterly Journal of Economics*, No. 84, pp. 488-500.

Arrow, Kenneth J. (1962). "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention." En Richard R. Nelson (redactor), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, (Princeton: Princeton University Press), 609-625.

Bakos, Yannis, Erik Brynjolfsson y Douglas G. Lichtman. (1999). "Shared Information Goods." *Journal of Law and Economics*, Vol. 42, No. 1, pp. 117-155.

Baroncelli, Eugenia, Carsten Fink y Beata Smarzynska Javorcik. (2005). "The Global Distribution of Trademarks: Some Stylized Facts." *The World Economy*, Vol. 28, No. 6, pp. 765-782.

Becker, Gary S. (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach." *Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2, pp. 169-217.

Besen, Stanley M. y Sheila N. Kirby. (1989). "Private Copying, Appropriability, and Optimal Copying Royalties." *Journal of Law and Economics*, Vol. 32, pp. 255- 280.

Biadgleng, Ermias Tekeste y Viviana Munoz Tellez. (2008). "The Changing Structure and Governance of Intellectual Property Enforcement." South Centre Research Paper No, 15. Disponible en <http://www.southcentre.org/publications/researchpapers/ResearchPapers15.pdf>.

⁴⁷ Los impuestos de tipo fijo –como el gravamen propuesto al registro y mantenimiento de una marca o patente– no deberían repercutir en los precios al consumo. Por el contrario, cuando se gravan las ventas, las empresas cargarán al menos una parte de dicho importe al comprador, bajo la forma de un aumento del precio.

BSA. (2007). “Fourth Annual BSA and IDC Global Software Piracy Study”. (Business Software Alliance). Disponible en <http://www.bsa.org/globalstudy>.

Burnkrant, Robert E. y Alain Cousineau. (1975). “Informational and Normative Social Influence in Buyer Behavior.” *Journal of Consumer Research*, Vol. 2, No. 3, pp. 206-214.

Comisión Europea (2006). “Summary of Community Customs Activities on Counterfeit and Piracy.” Informe disponible en http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/statistics/counterf_comm_2006_en.pdf.

Easterly, William. (2008). “Institutions: Top Down or Bottom Up?” Documento presentado a las Reuniones de 2008 de la Asociación de Economistas Americanos.

Ehrlich, Isaac. (1996). “Crime, Punishment, and the Market for Offense.” *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 10, No. 1, pp. 43-67.

Fink, Carsten y Patrick Reichenmiller. (2005). “Tightening TRIPS: the Intellectual Property Provisions of Recent US Free Trade Agreements.” Nota sobre el comercio N° 20. (Banco Mundial).

Fink, Carsten. (2005). “Entering the Jungle of Intellectual Property Rights Exhaustion and Parallel Importation.” En Carsten Fink y Keith E. Maskus (2005). *Intellectual Property and Development: Lessons from Recent Economic Research*. (Banco Mundial y Oxford University Press).

Gandal, Neil, Michael Kende, y Rafael Rob. (2000). “The Dynamics of Technological Adoption in Hardware/Software Systems: The Case of Compact Disc Players.” *RAND Journal of Economics*, Vol. 31, No. 1, pp. 43-61.

Grossman, Gene M. y Carl Shapiro. (1988a). “Counterfeit-Product Trade.” *American Economic Review*, Vol. 78, No. 1, pp. 59-75.

Grossman, Gene M. y Carl Shapiro. (1988b). “Foreign Counterfeiting of Status Goods.” *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 103, No. 1, pp. 79-100.

Hui, Kai-Lung and Ivan Png. (2003). “Piracy and the Legitimate Demand for Recorded Music.” *Contributions to Economic Analysis and Policy*, Vol. 2, No. 1, Article 11.

IFPI. (2006). “The Recording Industry 2006 Piracy Report.” (IFPI). Disponible en <http://www.ifpi.org/content/library/piracy-report2006.pdf>.

INTA. (1998). “Estimation of the Impact of Trademark Counterfeiting and Infringement on Worldwide Sales of Apparel and Footwear.” Informe disponible en www.brandenforcement.co.uk/download.cfm?type=document&document=13.

Jaffe, Adam B. y Josh Lerner. (2004). *Innovation and Its Discontents: How Our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About It*. (Princeton, New Jersey: Princeton University Press).

- Johnson, William R. (1985). "The Economics of Copying." *Journal of Political Economy*, Vol. 93, No. 1., pp. 158-174.
- Karaca-Mandic, Pinar. (2003). "Network Effects in Technology Adoption: The Case of DVD Players." Documento de trabajo del Departamento de Economía de la Universidad de California, Berkeley.
- Keith E. Maskus. (2006). "Information as a Global Public Good." Capítulo 3 del Documento de experto VI: *Knowledge*. Documentos de expertos de la Secretaría del Grupo Especial sobre Bienes Públicos Mundiales, Estocolmo 2006, pp. 59-111.
- Liebowitz, Stan. (2006). "File Sharing: Creative Destruction or Just Plain Destruction?" *Journal of Law and Economics*, Vol. 49, No. 1, pp. 1-28.
- Maffioletti, Ana y Giovanni B. Ramello. (2004). "Should We Put Them in Jail? Copyright Infringement, Penalties and Consumer Behaviour: Insights from Experimental Data." *Review of Economic Research on Copyright Issues*, Vol. 1, No. 2, pp. 81-95.
- Maskus, Keith E. (2000). *Intellectual Property Rights in the Global Economy*. (Washington, DC: Instituto de Economía Internacional).
- Maskus, Keith E. and Jerome H. Reichman, "The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods," *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, No. 2, pp. 279-320.
- Michel, Norbert. (2005). "Digital File Sharing and the Music Industry: Was There a Substitution Effect?" *Review of Economic Research on Copyright Issues*, Vol. 2, No. 2, pp. 41-52.
- Oberholzer, Felix y Koleman Stumpf. (2007) "The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis." *Journal of Political Economy*, Vol. 115, No. 1, pp. 1-42.
- OCDE. (2007). "The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy." Proyecto de informe disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/36/36/39543399.pdf>.
- Peitz, Martin y Patrick Waeldbroeck. (2004). "The Effect of Internet Piracy on Music Sales: Cross-Section Evidence." *Review of Economic Research on Copyright Issues*, Vol. 1, No. 2, pp. 71-79.
- Rob, Rafael y Joel Waldfoegel. (2006). "Piracy on the High C's: Music Downloading, Sales Displacement, and Social Welfare in a Sample of College Students." *Journal of Law and Economics*, Vol. 49, No. 1, pp. 29-62.
- Takeyama, Lisa N. (1994). "The Welfare Implications of Unauthorized Reproduction of Intellectual Property in the Presence of Demand Network Externalities." *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 42, No. 2, pp. 155-166.
- UNCTAD-ICTSD. (2005). *Resource Book on TRIPS and Development*. (Cambridge University Press).
- Zentner, Alejandro. (2005). "File Sharing and International Sales of Copyrighted Music: An

Empirical Analysis with a Panel of Countries.” *Topics in Economic Analysis and Policy*, Vol. 5, No. 1, Article 21.

Zentner, Alejandro. (2006). “Measuring the Effect of Music Downloads on Music Purchases.” *Journal of Law and Economics*. Vol. 49, No. 1, pp. 63-90.

Zizzo, Daniel John. (2007). “The Cognitive and Behavioral Economics of Envy.” Documento de trabajo de la Universidad de Anglia Oriental.

[Fin del documento]