

EL CREADOR Y  
LO CREADO

(avances)

*Ramiro Santa Ana Anguiano*

UNAM-FFyL

## ADVERTENCIA

Las secciones 1–12 ya fueron revisadas por Ernesto Priani. Estos avances son para la revisión de la sección 0. Por último, ignórense los errores tipográficos o de formación, esto es solo una muestra.

La investigación se encuentra en un repositorio público, por lo que es posible consultar el archivo histórico de cambios en: <https://maestria.perrotuerto.blog>.

# Índice general

|   |   |    |
|---|---|----|
| o | Morfología de la propiedad intelectual                                  | 1  |
| 1 | En la búsqueda de una definición de la propiedad intelectual            | 7  |
| 2 | En la búsqueda de una teoría de la propiedad intelectual                | 12 |
| 3 | La teoría progresista: el utilitarismo de la legislación estadounidense | 16 |
| 4 | La teoría personalista: Hegel, Kant y ¿más Hegel?                       | 22 |
| 5 | La teoría laborista: la defensa de la propiedad de Locke                | 32 |
| 6 | ¿Es posible una teoría de la propiedad intelectual?                     | 39 |
| 7 | El familiar incómodo: los bienes comunes                                | 41 |
| 8 | El resurgimiento: el movimiento del <i>software</i> libre               | 44 |
| 9 | La bifurcación: la iniciativa del código abierto                        | 47 |

|    |  |    |
|----|--|----|
| 10 | La amplificación: los movimientos de la cultura libre y del acceso abierto | 51 |
| 11 | La crítica interna: el <i>copyfarleft</i>                                  | 57 |
| 12 | En la búsqueda de una definición de los bienes comunes                     | 66 |
|    | Bibliografía   | 77 |



## MORFOLOGÍA DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL

En las siguientes secciones se trata el término de «propiedad intelectual» como es habitual entre sus teóricos y críticos. Para ciertos lectores podría ser motivo de confusión ya que en ciertos casos se habla de «propiedad intelectual» pero en otros de «patente», «derecho de autor» o «*copyright*». En esta sección se explica la estructura de los elementos comprendidos dentro del concepto de «propiedad intelectual». Si ya se tiene un contexto previo al respecto, es posible saltar a la siguiente sección...

La «propiedad intelectual» hace referencia a diferentes tipos de legislaciones sobre el uso y el control de «las creaciones de la mente» (OMPI, 2019). Un primer tipo son las *patentes*, las cuales son un derecho exclusivo sobre una invención. De manera general por «invención» se entiende

a una solución técnica a un problema (OMPI, 2019). Para acatar un poco más el ámbito de protección de las patentes, los inventos deben obedecer ciertas condiciones: 1) tienen que ser una invención novedosa, 2) no han de ser una solución obvia y 3) habrán de ser posibles y funcionales (OMPI, 2019). Esto evita que, por ejemplo, las invenciones de la rueda, del riego por gravedad o de generadores de «energía infinita» sean patentables. La rueda no es una invención novedosa, el riego por gravedad es una solución considerada obvia, así como es imposible la generación infinita de energía. Estas condiciones no impiden que ciertas invenciones importantes para nuestra especie sean sujetas a patentes. Por este motivo en diversos países tampoco es posible patentar invenciones consideradas de relevancia pública como son las teorías científicas, los algoritmos, las variedades vegetales o animales, el descubrimiento de sustancias naturales, etcétera (OMPI, 2019). No existe consenso respecto a estas limitaciones, por lo que la categoría de «relevancia pública» es flexible sino que ambigua. El plazo regular para este tipo de protección es de veinte años sin posibilidad de renovación (OMPI, 2019).

Otro tipo de propiedad intelectual son las *marcas*, que consisten en ser un signo distintivo de productos o servicios asociados a una persona o compañía (OMPI, 2019). La importancia de las marcas en el mercado es que funcionan para que el consumidor pueda identificar productos y servicios, así como evita la competencia desleal. Su plazo de protección es variable y con renovación indefinida, así que de manera potencial pueden nunca caducar (OMPI, 2019).

El *diseño industrial* es otro tipo de propiedad intelectual que trata «los aspectos ornamentales o estéticos de un ob-

jeto» (OMPI, 2019). Como las patentes, un diseño industrial tiene que ser novedoso y original —las condiciones (1) y (2)—; sin embargo, se distingue de estas porque un diseño industrial no debería de ser funcional —en contra de la condición (3) de las patentes— (OMPI, 2019). Con esta clase de diseño un producto se hace atractivo, llamativo y particular, por lo que su relevancia reside en que puede servir para atraer al consumidor. En ciertos casos unos rasgos del diseño industrial pueden estar protegidos como patente e incluso como derecho de autor, por lo que tampoco es una categoría fija, sino sujeta a interpretación jurídica. Su plazo de protección tiende a ser de cinco años y renovable hasta quince años.

Un tipo más de propiedad intelectual son las *indicaciones geográficas* que, semejante a las marcas, son signos para identificar productos. La diferencia radica en que el proceso de identificación se da a través del origen geográfico. Con «origen» se hace mención a las propiedades específicas del suelo o del medioambiente, o a las técnicas o los métodos de producción tradicionales de una región (OMPI, 2019). Las indicaciones geográficas se emplean como un medio para asegurarle al consumidor la procedencia del producto. Los plazos de protección son indefinidos porque sus objetivos son evitar la competencia desleal, proteger al consumidor y, en ciertas ocasiones, incentivar el desarrollo económico de una región (OMPI, 2019).

Los tipos más populares en el debate sobre la propiedad intelectual son el *derecho de autor* y el *copyright*. Estas legislaciones suponen que protegen las «creaciones literarias y artísticas» (OMPI, 2019). Cabe mencionar que existen al menos dos confusiones en este tipo de propiedad. La pri-

mera es sobre qué tipo de objeto protege. En varios casos se piensa que el derecho de autor o el *copyright* protegen las «ideas»; no obstante, estas legislaciones velan por las «expresiones concretas» de dichas «ideas» (A. Moore, 2008). Esto aún genera un campo amplio de discusión, pero la intuición detrás es que cierta «idea» carece de protección si no ha sido fijada en algún soporte como, por ejemplo, medios impresos, digitales u algún tipo de material.

La segunda confusión se debe a las diferencias entre las doctrinas del derecho de autor y del *copyright*. Ambas legislaciones surgen para proteger los productos literarios. Sin embargo, sus orígenes históricos y ámbitos de protección son distintos. El *copyright* surge de la tradición jurídica anglosajona cuya referencia es al derecho de copia (Baldwin, 2014), uno de los derechos que forman parte de los derechos patrimoniales. Mientras tanto, el derecho de autor fue elaborado por juristas franceses y alemanes, que en nuestros días se conoce como «tradición continental» (Baldwin, 2014). El derecho de autor, además de los derechos patrimoniales, implica los derechos morales.

Los derechos patrimoniales hacen referencia a la explotación exclusiva de la obra por parte de su titular. La «explotación» hace referencia a la posibilidad de «reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra», además de los permisos de divulgación pública o de distribución (“Ley Federal del Derecho de Autor”, 1996). Esta clase de derechos son alienables para que un tercero lleve a cabo la explotación de la obra al mismo tiempo que da una compensación económica a su autor (“Ley Federal del Derecho de Autor”, 1996). Por otro lado, los derechos morales consideran que una obra es inalienable e irrenunciable de



su autor. Esto implica que en cualquier momento el autor tiene los derechos de determinar cómo divulgar su trabajo, de exigir reconocimiento, de oponerse a la modificación o a la destrucción de la obra, de modificar o retirar del comercio su producto, así como de oponerse a una errónea atribución (“Ley Federal del Derecho de Autor”, 1996).

Pese a estas diferencias, debido a convenios internacionales en la actualidad ambas tradiciones jurídicas han empezado a homologarse (Baldwin, 2014). Sin embargo, es relevante recordar sus diferencias para denotar a qué se le concede un mayor peso. En la doctrina del *copyright* el carácter explotable de la obra es más importante, mientras que en el derecho de autor se destaca más el supuesto control que el autor tiene sobre su producción. En la actualidad el plazo mínimo y no renovable de estas legislaciones es la vida del autor más cincuenta años después de su muerte, aunque cada vez es más común que el plazo *post mortem* sea de setenta hasta cien años.

Por último, los *derechos conexos* son otro tipo de propiedad intelectual que dependen del derecho de autor o del *copyright*. Este tipo de derechos permite a intérpretes, ejecutantes o productores la utilización y la presentación de las obras en un soporte distinto al que fueron producidas (OMPI, 2019). Las adaptaciones a la pantalla, la radiodifusión, la ejecución de notas musicales o la presentación de obras de teatro son formas en como una obra con derecho de autor o *copyright* pasan a un soporte distinto al que fueron producidas y, por ende, bajo la legislación de los derechos conexos. El plazo común y único de este tipo de propiedad es de cincuenta años una vez realizada la interpretación de la obra (OMPI, 2019).

De esta manera la propiedad intelectual abarca desde las patentes y las marcas, pasando por el diseño industrial y las indicaciones geográficas, hasta el *copyright*, el derecho de autor y los derechos conexos. Esto no cierra las puertas a que en el futuro otro tipo de legislaciones puedan considerarse propiedad intelectual. Sin embargo, en nuestros días son estas legislaciones las que forman parte de este tipo de propiedad y las cuales se han de tratar a continuación.

Cabe resaltar que en esta investigación se le da prioridad al derecho de autor y al *copyright*. Esto se debe a dos motivos. Como se mencionó con anterioridad, son estas legislaciones las que más relevancia tienen al momento de defender, criticar o teorizar la propiedad intelectual. Segundo, son la clase de protección por excelencia para los productos literarios, los cuales incluyen los textos filosóficos. El aumento de los años y del tipo de obras que abarcan el derecho de autor y el *copyright* de una u otra manera determinan las posibilidades y las limitaciones en la difusión de la filosofía, sino es que de su propia producción, conservación e intelección, como ya se indicó en la introducción.

# I

## EN LA BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual (PI) se entiende de muchas maneras. Hettinger (1989), Hughes (1988) y Stengel (2004) dicen que la PI es uno de los pilares para el progreso de las ciencias y las artes. Para Hughes (1988), la PI puede entenderse como propiedad intangible cuyo valor se basa en ideas con cierto grado de novedad. O bien, la PI hace referencia a un modo popular de apropiación en las sociedades posindustriales donde la manufactura y manipulación de bienes físicos abrió el camino para la producción y uso de la información (Hettinger, 1989). La PI también se define como escasez artificial cuya expectativa es la generación de ingresos para sus creadores (Palmer, 1990). De esta manera, la PI sería una simulación de los procesos que gobiernan el libre mercado de los bienes tangibles (Palmer, 1990). Por

otro lado, la PI se delimita como un objeto abstracto que no tiene límites claros pero que sirve para el control de los bienes por un tiempo definido (Stengel, 2004). O como toda propiedad, la PI es un principio abstracto de individuación que permite establecer relaciones intersubjetivas mediadas por objetos (Schroeder, 2004). Con esto se evita usar a otros sujetos como medios al mismo tiempo que posibilita una constitución recíproca de la subjetividad mediante el reconocimiento: el primer paso para la actualización de la libertad (Schroeder, 2004). Asimismo, la PI se comprende como un «tipo» con muchos «tokens» en los cuales hay alguna clase de trabajo involucrado durante su producción (Shiffrin, 2007). Para A. Moore (2008), la PI es desde propiedad no física producto de un proceso cognitivo cuyo valor reside en ideas, pasando por un derecho para controlar su expresión, hasta el surgimiento de un sistema que protege sus medios de producción.

Las definiciones son diversas y en ocasiones incompatibles. Sin embargo, pueden organizarse en tres dimensiones. La PI puede ser *una cosa*, sea una obra como *Cien años de soledad*, un invento como los iPhone, un logotipo como el de Nike, un dibujo técnico como un patrón textil de Louis Vuitton, un ingrediente secreto como el de Coca-Cola, o una bebida producida con ingredientes, procesos y en lugares específicos como el tequila José Cuervo. La PI puede referirse a *los derechos entorno a esas cosas* como los derechos de autor, las patentes, las marcas, los diseños industriales, los secretos comerciales o las denominaciones de origen, respectivamente. La PI también puede entenderse como *un sistema que aglomera estos derechos*.

Debido a los distintos grados de abstracción la PI signifi-

fica ya una cosa, ya un derecho, ya un sistema. Pero entre estas numerosas acepciones de la PI, hay una acepción primera: la PI es *un objeto*. No existe consenso en cuanto a su delimitación. A pesar de ello, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha optado por definir la PI como «creaciones de la mente» sujetos a derechos embebidos dentro de un sistema (OMPI, 2019) y, de manera específica, a los derechos de autor como «expresión concreta de ideas» (OMPI, 2015). A. Moore (2012) se vale de la dicotomía entre ideas y sus expresiones para sustentar esta última acepción para cualquier tipo de PI.

A la definición dada por la OMPI la llamaremos «definición estándar». La OMPI es un organismo especializado de la ONU que vela por la estandarización de la PI entre los países miembro. Esta pretensión abarca desde legislaciones nacionales hasta acuerdos o tratados internacionales como el «Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas» (OMPI, 1971). Sin excepción, al ser miembro de la ONU en materia de PI se han de seguir las directrices delineadas por la OMPI.

La definición estándar ha causado más de una objeción. Pero no es la única definición que ha sido sometida a crítica. Prácticamente todos los intentos por definir la PI —incluyendo los mencionados al principio— han fracasado. Varias razones existen para explicarlo. Sin un dejo de pesimismo, Hettinger (1989) concluye que no es fácil de justificar. Stengel (2004) señala que se trata de un concepto enraizado en la comprensión contemporánea que tenemos acerca del mundo. Schroeder (1998) ve en la PI un «montón de palos» —un conjunto de derechos— cuyo símbolo fálico son los fascas; es decir, son derechos no siempre asimila-

bles pero concebidos para realizar una misma función de ocupación de los objetos: el principal modo de apropiación en las sociedades capitalistas (Schroeder, 2004). A Palmer (1990) le parece un concepto vasto donde uno de los problemas es que la mayoría supone que a mayor cantidad de definiciones, una mejor justificación. Shiffrin (2007) es escéptica y declara que la PI es un concepto ambiguo. Barron (2012) menciona que da énfasis a lo económico al mismo tiempo que privilegia posturas liberales o utilitaristas. La crítica se intensifica al señalar cómo la PI supone que la privatización del conocimiento es el mejor modelo para su producción, como si el trato más óptimo para las creaciones intelectuales fuera a modo de propiedades (Barron, 2012). Epstein (2009) indica que Grey y Radin se inclinan a desintegrar la PI —sino es que a todo tipo de propiedad— por incoherente o por ya no ser guía fiable para el capitalismo contemporáneo.

A pesar de la falta de consenso hay una opinión compartida. Al parecer estas disparidades y ambigüedades tienen un mismo origen. *Durante décadas*, legisladores, jueces y empresarios han pretendido definir la PI a partir del material jurídico disponible (Hughes, 1988). Entre juicios, veredictos y deliniamientos constitucionales se han tomado rastros para definir a la PI. Sin embargo, los resultados alcanzados han sido teóricamente insuficientes sino que insostenibles. Ante este problema, varias personas han aceptado el desafío de elaborar una teoría de la PI (Breakey, 2010; Epstein, 2009; Hettinger, 1989; Hughes, 1988; A. Moore, 2008; Palmer, 1990; Schroeder, 2004; Shiffrin, 2007; Stengel, 2004). Semejante teoría tiene por objeto una definición de la PI que trascienda la falta de claridad

presente en la pretensión por explicarla desde el ámbito legislativo.

## 2

### EN LA BÚSQUEDA DE UNA TEORÍA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El empleo del término «propiedad intelectual» ha sido rastreado desde el siglo XVIII (Wikipedia, 2019a) aunque su uso sistemático actual proviene del siglo XX (Stengel, 2004). Antes de ello, rara vez se empleaba el vocablo y en su lugar se prefería hacer referencia directa a alguna de sus «manifestaciones». No existe consenso sobre las primeras menciones a estas manifestaciones. Stengel (2004) las rastrea desde los siglos XVI —en Inglaterra y en torno al *copyright*— y XVII —en Venecia y sobre las patentes—. Estos primeros usos no fueron para el beneficio de creadores o comerciantes, sino como medios para controlar las nuevas industrias, como la imprenta (Stengel, 2004). A. Moore y Himma (2014) indica que la mención más temprana de protección a creadores se encuentra en un documento



emitido en 1421 en la República de Florencia a favor del arquitecto Filippo Brunelleschi. Incluso puede decirse que ya hay antecedentes en la Antigua Grecia o la Antigua Roma (A. Moore & Himma, 2014). Sin embargo, en general existe un consenso que estos primeros casos fueron atípicos debido a la carencia de instituciones que velaran sobre estos derechos de manera exclusiva (A. Moore & Himma, 2014).

De manera paulatina la discusión teórica pasó en hacer referencia a cada derecho en particular a una búsqueda por sintetizarlos bajo un mismo concepto. La PI en su sentido actual se trata como *un objeto que engloba una cantidad diversa de objetos* —cosas, derechos y sistemas—, los cuales pasarían a ser sus manifestaciones. Estas tres dimensiones de la PI no son aisladas, sino elementos en intersección por el cual una dimensión no es comprensible sin la otra. Al hablar de una cosa —alguna edición de *El perfil del hombre y la cultura en México*, p. ej.— *como propiedad*, también implica quién tiene sus derechos —la obra de Samuel Ramos aún no está en dominio público— y cómo todo esto encaja dentro de un sistema cuya concreción se encuentra en legislaciones nacionales o internacionales —la Ley Federal del Derecho de Autor señala un plazo de cien años a partir de la muerte del autor para que su obra esté disponible públicamente; para el caso de Ramos será hasta el año 2160—.

Semejante uso englobante de la PI no ha pasado desapercibido. Por un lado, este trato de la PI podría ser un atropello al tratar de aglutinar una diversidad de objetos bajo un mismo concepto. Por el otro, esta sistematización genera la pregunta sobre el lugar de la PI dentro de la propiedad en general. En esta falta de consenso pueden identi-

ficarse al menos cuatro posturas. La primera acepta la existencia de la PI como un subconjunto dentro de la teoría de la propiedad en general —la postura más común entre los teóricos de la PI— (Breakey, 2010; Epstein, 2009; Hettinger, 1989; Hughes, 1988; Lessig, 2005; A. Moore, 2008; Palmer, 1990; Schroeder, 2004; Shiffrin, 2007; Stengel, 2004). La segunda también asiente con la PI aunque como un objeto y una teoría ajena a lo que se había entendido por propiedad —antes de la PI las teorías de la «propiedad en general» daban por supuesto que la propiedad era un objeto tangible— (Barron, 2012). Una tercera postura no acepta la existencia de la PI, aunque sí de la propiedad en general —bajo el supuesto que la propiedad es sinónimo de cosa física, la PI no tiene ningún sustento; o bien, uno de los fundamentos de la propiedad es su regulación bajo el principio de escasez; la PI solo escasea de manera artificial por lo que no es moralmente legítima— (Stallman, 2004). Por último, entre anarquistas y varios espectros políticos de izquierda se niega por completo cualquier tipo de propiedad —en muchos de los casos también reducen el término «propiedad» a «propiedad privada», por lo que la «propiedad pública» se deja sin cuestión— (Proudhon, 2010).

Sin importar su filiación o qué tan caóticas o diversas puedan tornarse las definiciones de la PI, la gran mayoría de los autores recurren a tres teorías. Con estas se pretenden reforzar, criticar o negar la teoría de la PI, la misma noción de PI e incluso de cualquier tipo de propiedad. Las teorías son la progresista —de raigambre utilitarista—, la personalista —de corte «continental»— y la laborista —de raíces anglosajonas—.

Aunque estas teorías surgen en contextos distintos,

comparten ciertas particularidades. Muchas de estas son un ejercicio intelectual a partir de diversos fragmentos de filósofos modernos. En la mayoría de los casos se refieren de manera predominante a dos: Locke y Hegel. Además, por lo general estas teorías son una búsqueda para crear nexos entre lo dicho por estos filósofos con lo que actualmente se entiende por creación intelectual dentro de las sociedades liberales o utilitaristas. En muchos casos esto ocasiona más de una accidentada adaptación o un pleno desvío en la manera en como estos filósofos concibieron a la propiedad o sus «manifestaciones». Estos traslados semánticos, interpolaciones y extrapolaciones se han catalogado como «fundamentos filosóficos» de la PI.

Desde un horizonte plural de posturas, en las que se hace posible proponer una gran diversidad de definiciones o teorías sobre la PI, muchos de sus teóricos de manera deliberada han optado por reducir su bagaje cultural a un pastiche del canón filosófico de la modernidad occidental. No hay mención expresa que explique este acontecimiento, como tampoco hay una que justifique por qué la *creación intelectual* a contrapelo se ha tratado como *propiedad*. Sin embargo, es a través de estas tres vertientes teóricas por las que se pretende fundamentar o destruir a la PI.

# 3

## LA TEORÍA PROGRESISTA: EL UTILITARISMO DE LA LEGISLACIÓN ESTADUNIDENSE

Para la teoría progresista —mejor conocida como teoría utilitarista, incentivista o consecuencialista (Barron, 2012; Hettinger, 1989; A. Moore, 2008; Palmer, 1990; Shiffrin, 2007; Stengel, 2004)— la PI es sinónimo de progreso de las ciencias y las artes (Hettinger, 1989; Stengel, 2004). No es la teoría más elaborada pero sí la más popular (Hettinger, 1989). Stengel (2004) traza su origen en Joseph Alois Schumpeter, economista que asoció la importancia de la innovación con el progreso social.

La idea general de la teoría es que la protección de la PI fomenta la creación de más PI (Shiffrin, 2007). El supuesto básico es que la generación de PI aumenta la utilidad social (A. Moore, 2008) al crear objetos benéficos o valiosos para las comunidades. La PI en este caso se constituiría co-

mo un compromiso por parte del Estado con la actividad innovadora privada (Barron, 2012; A. Moore, 2008).

Aunque desde un punto de vista empírico esta suposición es difícil de determinar (A. Moore, 2008) e incluso conflictiva (Hettinger, 1989), al menos sirve para dar mayor incertidumbre a la inversión. En varios casos la creación de PI requiere de una fuerte financiación; una vez encontrados los medios para su producción, la reproducibilidad puede hacerse a muy bajo costo (Shiffrin, 2007). El monopolio *artificial* concedido por los derechos de PI permiten compensar esta caída en los precios (Shiffrin, 2007).

El monopolio artificial permite al creador tener derechos exclusivos sobre su creación pero por una cantidad limitada de tiempo. Para esta teoría este mecanismo funciona como contrapeso entre la monopolización y la libre difusión (Shiffrin, 2007). La protección dada por los derechos de PI también supone que una difusión sin protección de los intereses económicos del creador equivale a un menor fomento para la creación de más PI y, en consecuencia, la disminución de la utilidad social.

El fomento al creador puede darse desde tres vertientes. Antes del acto creativo *los incentivos* funcionan para motivar al creador a llevar a cabo su trabajo (Stengel, 2004). *Las recompensas* entran en juego una vez que se ha concluido el proceso creativo (Stengel, 2004). Posterior a esta acción se da la difusión pública de la creación; en este caso *la compensación* es el medio con el que públicamente se reconoce el trabajo ejecutado por el creador (Stengel, 2004).

Un problema recurrente en las teorías de tinte utilitarista es la ambigüedad con la que se emplean los términos «utilidad», «progreso» o «beneficio» sociales. Esto no es

una excepción para esta teoría. Para sobrepasar esta dificultad, Palmer (1990) propone dos tipos de argumentos: *justice-as-order* y *X-maximization*.

En el *justice-as-order* se pretende fomentar un ecosistema que permita a todas las personas realizar sus propios fines sin estar a la incertidumbre de la escasez de recursos, el conflicto social o la depredación violenta (Palmer, 1990). Para este argumento la escasez es central, ya que a partir de ahí se fijan políticas para evitar conflictos (Palmer, 1990). Como en la PI la escasez no es «estática», esta clase de utilitarismo no procede (Palmer, 1990).

Lo que sí aplica en la PI es el argumento de *X-maximization* (Palmer, 1990). En este solo se pretende maximizar una cierta cantidad de  $x$  al menor costo posible (Palmer, 1990). La  $x$  sería igual a la utilidad, la riqueza o cualquier otro elemento relativo al «progreso» de las ciencias y las artes, así como de la sociedad en general (Palmer, 1990). Para esta perspectiva la escasez adquiere una función estratégica ya que ayuda a decidir el orden que tomará la PI para obtener un máximo beneficio al menor costo (Palmer, 1990). Es decir, la *X-maximization* permite la creación de una escasez artificial que quizá fomente la creación de PI en donde tanto creadores como usuarios sean igualmente beneficiados.

Esta teoría no solo ha sido criticada por su imposibilidad de comprobación empírica (A. Moore, 2008), sino también por su carácter paradójico: en muchos casos parece que la PI frena la generación de PI (Hettinger, 1989). Esta teoría supone que las personas producen más si tienen mayores incentivos, recompensas o compensaciones (Palmer, 1990). Pero esto implica un «fortalecimiento» de los derechos de PI por el cual futuros creadores podrían

verse afectados.

La teoría progresista se enfoca en las consecuencias a las que puede inducir la protección de la PI. Sin embargo, no justifica adecuadamente a la PI ni los efectos progresistas que pretende. Autoras como Barron (2012) hacen notar que esta teoría supone que el progreso las ciencias y las artes es más eficiente si la actividad creativa se privatiza. Además, por su énfasis en lo económico se hace explícito un desconocimiento profundo de lo que es la cultura, su dinámica social y cómo el «expansionismo» de la PI afecta a este ecosistema (Barron, 2012).

Sin importar sus consecuencias, la teoría progresista está en el fondo de la jurisdicción estadounidense. Stengel (2004) indica que para este tema se tiene que ir más allá de las palabras y concentrarse en los efectos de los monopolios en nuestra cultura. Desde Hollywood o Silicon Valley, pasando por las industrias petrolera o agrícola, hasta los tratados y guerras comerciales, EE. UU. es el país con mayor influencia en materia de PI. A través de derechos de autor, patentes, marcas, diseños industriales o secretos comerciales las industrias estadounidenses regulan las distintas «manifestaciones» no solo de PI, sino del quehacer cultural en general.

Al parecer no es fortuito este extenso lazo que controla a los mercados. La teoría progresista presenta dos particularidades que permiten la prolongación de la hegemonía de la PI estadounidense. Por un lado, ofrece un discurso que a la par de dar certidumbre a creadores y emprendedores, les fomenta la idea que el acto creativo es una cuestión privada: el autor y su obra; el inventor y su invención. Por otro, ofrece un mecanismo para la privatización del quehacer

cultural. Si el progreso social en parte se realiza a través de la PI; si la PI es una actividad realizada en privado; entonces el progreso social se da a través del trabajo creativo llevado a cabo en privado.

Sin embargo esto implica por lo menos dos problemas. No existe un nexo lógico que explique la relación entre una actividad realizada en privado por un individuo —como se supone en la creación de PI— y el beneficio público y social que esta conlleva. ¿Cómo se pasa de un acto íntimo de creación a un acontecimiento público que acarrea beneficios sociales?

Pero acéptese que sí es posible hacer este traslado. Ningún autor ha denominado esta teoría con la coletilla de «progresista». Sin embargo, se usa aquí para resaltar que la supuesta intencionalidad de esta teoría es el «progreso» de las ciencias y las artes. Para este fin, la teoría argumenta la necesidad de la privatización de la PI, sea de un creador independiente o de alguna compañía. Pero no hay datos que comprueben que la privatización sea una condición necesaria para el progreso social. En este sentido, cabe la posibilidad de que este progreso sea alcanzando mediante una teoría que no requiere de la iniciativa privada.

Si el objetivo es el progreso, puede establecerse un sistema de gestión pública de la PI. El fomento se daría a través de recursos públicos; el creador mantendría la atribución; los sistemas de PI no serían para velar por los derechos privados de explotación de las creaciones sino para su adecuada gestión y difusión pública. Por supuesto esto implicaría que los Estados absorberían varias de las funciones sobre la PI que en la actualidad corren a cargo de diversas empresas. Esto puede ser un argumento en contra



de una teoría progresista con tinte público. En más de una ocasión se ha señalado la deficiencia de la administración pública. Un par de respuestas serían que no existen datos contundentes que demuestren una menor eficiencia de la administración pública en todo tipo de quehacer cultural. Además, la gestión pública podría llevarse a cabo a través de organismos autónomos o descentralizados; la intervención directa de los Estados no es necesaria, podría optarse por organizaciones no gubernamentales o por sociedades de gestión colectiva.

## 4

### LA TEORÍA PERSONALISTA: HEGEL, KANT Y ¿MÁS HEGEL?

Hughes (1988), Schroeder (2004) y Stengel (2004) asienten en que la teoría personalista es la aproximación más completa. Esta teoría también se conoce por las coletillas de «hegeliana» (Hughes, 1988; Palmer, 1990; Schroeder, 2004; Shiffrin, 2007; Stengel, 2004) o «continental» (A. Moore, 2008; Schroeder, 2004). Esta teoría bebe de los *Principios de la filosofía del derecho* de Hegel, con especial énfasis en la primera parte —«El derecho abstracto»—, primera sección —«La propiedad»— (Hegel, 2005). En esta obra Hegel delinea lo que en el campo de la PI se conoce como teoría de la propiedad. Aunque la siguiente descripción se basa en Hegel, y como bien lo resalta Schroeder (1998), muchos de los teóricos lo han usado de manera heterodoxa —de ahí por qué esta teoría es «hegeliana» y no «de Hegel»—.

Según Palmer (1990), la personalidad de cada individuo tiene que pasar de la potencia —«Concepto» en términos hegelianos— a la actualidad —«Idea»—. Para ello se requieren de recursos externos: la propiedad (Palmer, 1990). Lo que en un primer momento parece una teoría de adquisición de objetos pronto se convierte en una teoría sobre la externalización de la voluntad a través de la objetificación (Palmer, 1990).

Schroeder (1998) es la autora que de la manera más rigurosa ha desarrollado esta teoría, por lo que puede ayudarnos a explicarla. Antes de comenzar, esta teórica indica un error común al momento de abordar a Hegel: varios de sus compañeros le adjudican supuestos liberales que no se sustentan en su obra (Schroeder, 2004). Si bien Hegel parte y comparte muchos presupuestos liberales, este los lleva a sus últimas consecuencias lógicas (Schroeder, 2004). Un punto de partida para entender su teoría de la propiedad es considerar que para él no hay derechos naturales (Schroeder, 2004). La «naturaleza» no es libre y el derecho permite un medio para actualizar la libertad (Schroeder, 2004). Es decir, su teoría surgió cuando ya no fue satisfactoria la explicación de la propiedad mediante el derecho natural (Schroeder, 2004). Esto implica que desde un comienzo para Hegel la libertad y la voluntad se dan en un contexto social (Schroeder, 2004).

En una concepción hegeliana del mundo, el individuo *está obligado* a ser libre. Esta libertad se alcanza a partir de su actualización por medio de su voluntad (A. Moore, 2008). La libertad no está dada, tiene que hacerse. ¿Cómo, pues, cabe la posibilidad de elaborarla? A través de la propiedad (A. Moore, 2008). La teoría hegeliana no se limita a

cosas físicas, ya que su concepción de «objeto» implica todo aquello que no es sujeto; a saber, lo que no puede tener autoconciencia (Schroeder, 2004). Para los teóricos de la PI ahí se encuentra un nexo orgánico —ninguno de ellos ha tenido que desarrollarlo— para hablar de la PI como parte de la propiedad en general.

En este sentido la propiedad no antecede a la sociedad (Schroeder, 2004). En su lugar, esta es el primer paso para la actualización de la libertad a partir de relaciones intersubjetivas (Schroeder, 2004). La propiedad requiere de otros, principalmente de su reconocimiento: es un principio abstracto de individuación (Schroeder, 2004). ¿Por qué la propiedad es abstracta y no un objeto concreto como una cosa, un derecho o un sistema? Schroeder (2004) es muy enfática en señalar que un error común entre sus compañeros es pensar que Hegel concibe a la propiedad como ellos la perciben —y la tradición liberal anglosajona de la que forman parte—. Acorde a esta autora, Hegel ve a la propiedad como un momento inicial entre lo que ella denomina «sujeto legal» y la ciudadanía (Schroeder, 2004). De ahí a la constitución de la personalidad existen otros mecanismos que absorben a la propiedad privada, como son la familia, la sociedad civil, el Estado o el Espíritu (Schroeder, 2004). Con esto Schroeder (2004) quiere puntualizar que para Hegel la adquisición de la propiedad es solo un momento dentro de una dialéctica que va más allá del individuo —un elemento que Hughes (1988) también tiene presente al tratar a la PI como mera negatividad—.

El sujeto legal es la capacidad del individuo de obedecer las leyes (Schroeder, 2004). Su constitución es formal y abstracta: es solo la base para la gestación de la personali-

dad (Schroeder, 2004). Su dialéctica y concreción avanzan a través de las relaciones de propiedad (Schroeder, 2004). De manera general la propiedad ayuda a establecer relaciones intersubjetivas que permiten la constitución concreta de los sujetos a partir del reconocimiento de otros, así como evita que sean empleados como medios (Schroeder, 2004).

El asentimiento de que un sujeto  $a$  es propietario de  $x$  objeto no solo explicita una relación de propiedad, sino que también existe un reconocimiento de que  $a$  es un sujeto. Esta identificación no es unilateral, sino llevada a cabo por un sujeto  $b$ . Al establecer relaciones de propiedad, como la venta, el regalo o incluso el robo, ambos de manera recíproca se reconocen como sujetos. La propiedad sirve de intermediario para esta función de constitución de los sujetos ya que es a partir de ella que se hace posible su relación y mutuo reconocimiento como un igual (Schroeder, 2004). La propiedad en este sentido también sirve como un medio para los fines de los sujetos; es decir, impide que el sujeto  $a$  use a sujeto  $b$  como un medio y viceversa (Schroeder, 2004).

La propiedad entonces tendría tres elementos funcionales. Como *posesión* ayuda a identificar a un objeto con un sujeto (Schroeder, 2004). Como *goce* se evita la sinonimia al diferenciar al objeto como un medio y al sujeto como un fin dispuestos en una relación (Schroeder, 2004). Como *alienación* el sujeto evita depender del objeto (Schroeder, 2004). A través de esta última función es como otro sujeto tiene contacto con el sujeto a partir del objeto que una vez gozó y poseyó. Uno de los aspectos interesantes de estas funciones es que solo se constatan una vez que la

alienación se ha llevado a cabo. Es decir, se trata de una lógica retroactiva, no prospectiva (Schroeder, 2004). Una vez acontecida la relación de propiedad es como se hace posible evidenciar la función que esta tiene para la constitución de la subjetividad; no es posible mostrarla *avant la lettre*.

Esta lógica no es aislada sino que forma parte del sistema hegeliano. Schroeder (2004) es muy enfática en este punto ya que tiene unas consecuencias indeseadas para sus compañeros. Para Hegel cada ciudadano precisa de un mínimo de propiedad para actualizar su libertad (Schroeder, 2004). Es decir, el desarrollo de la personalidad implica una esfera de propiedad (Schroeder, 2004). Por la manera en como Hegel define al «objeto», la propiedad no requiere ser una cosa física, por lo que es posible usarla para fundamentar a la PI (Schroeder, 2004). Con esta garantía la PI sin dificultades puede localizarse dentro de la propiedad en general (Schroeder, 2004). Sin embargo, como la dialéctica hegeliana no va para adelante, sino para atrás, desde Hegel no existe la posibilidad de concluir las subsecuentes pretensiones de varios teóricos de la PI. Con Hegel no se sigue la necesidad de un «engrosamiento» de la PI (Schroeder, 2004). Incluso cabe la posibilidad de argumentar lo contrario. Si la PI es una expresión de la voluntad, a la muerte del creador no hay más voluntad por proteger, lo que conlleva a una apertura inmediata al dominio público (Stengel, 2004). Por último, desde Hegel no es posible extraer la conclusión de que las sociedades requieren sistemas de PI (Schroeder, 2004). Este filósofo no dio lineamientos porque su interés no era defender a la propiedad, sino en justificarla como derecho positivo y

acorde a su sistema (Schroeder, 2004).

Estas características limitan las pretensiones de concebir una teoría de la PI *ad hoc* al modo en como se hace cultura en la contemporaneidad. Para ajustarla se han recurrido a otros autores también interesados en la persona. Uno sería Humboldt ya que hace énfasis al desarrollo del potencial humano (Palmer, 1990). Otro sería Fichte (Fichte, 1793) el cual dio las bases para distinguir entre la idea y la expresión de la obra literaria. Pese a ello, entre los teóricos de la PI revisados no hay quien desarrolle una teoría de la PI a partir de estos autores.

Dentro de la teoría de la PI el caso de Kant es muy particular. Por un lado, entre los filósofos modernos canónicos —a los que muchos teóricos de la PI reducen su campo de estudio— es de los únicos que explícitamente habló sobre una de las «manifestaciones» de la PI: los derechos de autor. Por otro lado, la defensa que realiza de estos derechos en poco o nada ayuda a las pretensiones de sistematicidad de los teóricos de la PI.

En términos contemporáneos, el discurso de Kant va en contra de la piratería; pero también hace de los derechos de autor un asunto muy distante a su trato como propiedad. Barron (2012) identifica las fuentes kantianas en un ensayo titulado «Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks» (Kant, 1785) y en la sección «¿Qué es un libro?» de *La metafísica de las costumbres* (Kant, 2005). Ahí Kant expone los motivos para proteger los derechos de autor por tratarse de un discurso (Barron, 2012).

Según Barron (2012) este filósofo entiende al libro en dos dimensiones. La primera sería como un objeto material alienable (Barron, 2012). La segunda ve al libro como

un acto del habla inalienable (Barron, 2012). Para Kant la discusión pública es un elemento necesario para una cultura ilustrada (Barron, 2012). Por este motivo la libertad de expresión es muy importante, por lo que se vuelve necesario incluirla en su propia teoría del derecho (Barron, 2012). Entonces, la manera en como Kant incluye a los derechos de autor en su teoría del derecho no es como una propiedad, sino como parte de la libertad de expresión (Barron, 2012). Sin derechos de autor cabe la posibilidad que alguien use el discurso de otro y le dé un uso no autorizado o incluso perjudicial para su autor (Barron, 2012). La manera en como Kant-Barron entienden estos derechos implica una mayor apertura a los actuales derechos de PI. Como el discurso público es un elemento primordial para la cultura ilustrada, cualquier elemento que lo obstaculice tiene que ser eliminado (Barron, 2012). Las actuales formas de derecho de autor se comportan más como un impedimento que como un mecanismo para desplegar esta clase de cultura (Barron, 2012). Por lo tanto, tienen que ser descartados en pos de unos derechos de autor más adecuados a la consecución de una cultura ilustrada y cosmopolita (Barron, 2012).

Tal cual, Kant en poco o nada sirve para apoyar una teoría personalista que justifique un sistema de PI. Sin embargo, su énfasis en el peligro del uso no autorizado del discurso no pasó desapercibido. Josef Kohler, jurista alemán, vio un nexo entre los derechos de autor kantianos y la teoría de la propiedad hegeliana (Baldwin, 2014; Cotter, 1997). Como Hegel, para Kohler el autor posee el derecho de alienar su obra (Cotter, 1997). Sin embargo, como esta tiene embebida la personalidad del autor —es *su* discurso—, este



retiene el derecho a evitar que otra persona presente la obra como si fuera suya (Cotter, 1997).

Esto desemboca en dos clases de derechos para los derechos de autor. Por un lado con los derechos patrimoniales es posible explotar las obras por el autor o un tercero (“Ley Federal del Derecho de Autor”, 1996). Por explotación se entienden los derechos de reproducción, adaptación, distribución, así como de comunicación, representación o ejecución pública (“Ley Federal del Derecho de Autor”, 1996). Estos derechos tienen una duración limitada que una vez concluida regresan al autor o al dominio público (“Ley Federal del Derecho de Autor”, 1996). Para una mayor flexibilidad, durante ese tiempo es posible el uso justo —por el cual se puede emplear la obra con fines privados o de investigación— o la regla de la primera venta —por el que es posible la reventa sin interferencia del autor o del editor— (Epstein, 2009). Por el otro, con los derechos morales se hace patente que de manera inalienable el autor está unido a su obra (Baldwin, 2014; Cotter, 1997). Con esto se permite que, sin importar la expropiación de la obra, el autor siempre puede determinar cómo divulgarla, reclamar autoría, prevenir desinformación o mutilación, e incluso prohibir la crítica severa o perjudicial (Cotter, 1997).

Esta doctrina de derechos de autor se considera parte de la tradición jurídica «continental» (Cotter, 1997). Se trata de una doctrina anclada en Alemania y Francia, pero también en México. Por su parte, la doctrina del *copyright* solo contempla lo que en los derechos de autor serían los derechos patrimoniales. Esto no la hace incompleta, sino distinta, ya que su contexto jurídico es anglosajón (Cotter, 1997). Este es el motivo por el que la teoría personalista a

veces también se le llama «continental». Al mismo tiempo explicita que, aunque similares, existe una diferencia entre la doctrina del *copyright* y de los derechos de autor que en ciertos casos se ha de tener en cuenta.

De manera extendida se consideraba que Hegel o al menos desde este se encontraban los fundamentos para defender una doctrina de los derechos morales. Sin embargo, estos yacen en otros autores, principalmente en juristas franceses y alemanes del siglo XIX, como Kohler (Baldwin, 2014; Cotter, 1997).

A primera vista podría interpretarse que esta doctrina ayuda a los objetivos de una teoría de la PI. Desde los derechos morales se hace posible prolongar el control sobre los derechos más allá de la vida del autor. Al heredar los derechos, los familiares o amigos podrían encargarse de velar por la integridad de su persona. Esto al mismo tiempo no solo implicaría una «extensión» de la PI, sino también la necesidad de erigir un sistema que lo sustente. Sin embargo, abre más de una dificultad.

Como Hughes (1988) ha señalado, esta derivación de la teoría personalista hace que el grado de protección de la PI dependa de su grado de expresión personal. Existen PI muy personales como una obra literaria en los que sin duda se pueden garantizar una serie de derechos. Sin embargo, existen otras «manifestaciones» en las que no es sencillo —sino que imposible— determinar un grado de expresibilidad personal; por ejemplo, la patente de los envases Tetra Pack o la denominación de origen del queso Manchego. Esta característica se amolda muy bien a los derechos de autor, pero su generalización a la PI en cuanto tal se torna problemática (Hughes, 1988).

Hughes (1988) además manifiesta que los derechos morales también generan problemas en la alienación de la PI. Al mantener un lazo inalienable, la alienación nunca es completa, por lo que el sujeto que la adquiere no es del todo libre de hacer valer su voluntad. En respuesta, para Palmer (1990) o Schroeder (2004) los derechos morales son una deformación que falsamente cumple con los objetivos sistemáticos de la teoría de la PI que se pretende fundar.

# 5

## LA TEORÍA LABORISTA: LA DEFENSA DE LA PROPIEDAD DE LOCKE

En el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, capítulo 5 —«De la propiedad»—, John Locke desarrolla su teoría de la propiedad (Locke, 2006). Ahí este filósofo soluciona el problema de derivar el derecho positivo a partir del derecho natural al combinar la creatividad divina con la humana (Stengel, 2004). Dios dio la tierra a los hombres para su comodidad y existencia (Locke, 2006). Aunque esta pertenece a todos, existe una propiedad que solo le pertenece a cada uno: su cuerpo (Locke, 2006). Mediante este y sus manos el hombre produce los frutos que «podemos decir que son suyos» (Locke, 2006). Con su labor es como el hombre saca elementos de su estado de naturaleza y le agrega algo distinto que, por consiguiente, «hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres» (Locke, 2006). La pro-

piedad queda así justificada mediante la labor (Shiffirin, 2007).

Aunque Locke habló de propiedad física, principalmente en un contexto agrícola, su modo de razonar permite una extrapolación. Así como el hombre es dueño de las manzanas que cultiva, también puede ser propietario de las ideas que genera. Lo que tenemos en la argumentación lockeana es una expansión de los derechos que van de la propiedad del cuerpo a los frutos producidos por el cuerpo (A. Moore, 2012). Su medio de enlace entre uno y otro extremo es la actividad física y poco placentera que se lleva a cabo en la labor (Hughes, 1988). El cuerpo sería el punto de partida mínimo para la esfera que comprende lo que es suyo. La propiedad correspondería a esos objetos que expanden esta esfera. La labor es la actividad que convierte lo que es bien común en un objeto entremezclado con la corporeidad del ahora propietario.

Se trata, sin dudas, de una visión individualista de la creación de PI (A. Moore, 2012; Palmer, 1990). En un *micro-nivel* permite identificar una génesis de exigencia moral sobre la creación intelectual de manera independiente a la sociedad, el progreso social o a cualquier otra propuesta basada en el fomento para la generación de PI (A. Moore, 2012). Con Locke está patente el supuesto liberal anglosajón donde el individuo precede a la sociedad (Schroeder, 2004) o al menos no la requiere para el surgimiento del derecho positivo sobre la propiedad.

Como este constante aumento de la esfera «privada» puede ser conflictivo en un contexto comunitario, Locke arroja dos condiciones para legitimar y delimitar estas apropiaciones (Hettinger, 1989; Stengel, 2004). Para evitar

los monopolios, (1) siempre se tiene que dejar lo suficiente para los demás (Hettinger, 1989; Stengel, 2004). Con el fin de que nadie produzca más de lo que necesita, (2) el desperdicio queda prohibido (Hettinger, 1989; Stengel, 2004).

La teoría laborista es fácil de comprender; no obstante, por su simpleza existen una serie de dificultades al intentar trazar legislaciones pertinentes. En realidad Locke no pretendió establecer una completa base jurídica, sino justificar la propiedad en su traslado del derecho natural al derecho positivo (Stengel, 2004).

Una de los problemas proviene en lo que se conoce como «primera ocupación» (Schroeder, 2004). En la teoría de la propiedad de Locke se supone un punto de partida virgen por el cual siempre es posible una primera ocupación unilateral de los bienes comunes. Como en principio hay suficientes recursos para todos, no es necesario el consentimiento para estas primeras «ocupaciones». En un sentido histórico esto crea una oligarquía de los que llegan primero (Breakey, 2010). Con el paso de los años poco a poco queda menos para todos los demás por lo cual se tienen algunas consecuencias. El modo de acceso primigenio deja de ser la «primera ocupación» para darle paso a un mercado en donde se vuelve necesario el pago para la transferencia de las propiedades. Así se crea una situación de desventaja entre los primeros y consecutivos propietarios. Para mantener el orden acontece un aumento del aparato burocrático y un «robustecimiento» de la legislación hasta llegar a ser «ridículos» (Breakey, 2010). Una respuesta es modificar las condiciones dadas por Locke para que tengan un sentido histórico. Otra es el establecimiento de la «primera ocupación» siempre y cuando exista un «desierto

moral». Con este se funda el derecho a poseer sin consentimiento siempre y cuando no exista un previo contexto de reclamos; una vez que esto no es posible, se modificaría la legislación para responder *ad hoc* a su situación (A. Moore, 2012).

Hughes (1988) y A. Moore (2012) argumentan que este problema no afecta a la PI ya que la base común de la que parten —a saber, las ideas— nunca se agota ni pueden ser propiedad exclusiva de una persona. La primera ocupación siempre sería posible porque no hay nadie que agote el campo infinito de ideas.

Esto haría que la condición (1) sea relevante en cuanto a la distribución de la PI, mas no en su creación. La producción de PI no tiene límite en cuanto creación de ideas, pero sí sobre la distribución de las «expresiones concretas» de esas ideas. Sin embargo, en el empleo de la definición estándar de la PI se olvida que la entrada al «mundo de las ideas» por lo general se da a través de expresiones concretas; rara vez son fruto exclusivo del productor, su cuerpo o su talento. Para tener conocimiento de la idea de *cogito ergo sum* de Descartes es necesario tener disponible alguna edición del *Discurso del método* o alguna otra fuente que hable al respecto. Sin este acceso, un sujeto *a* nunca se le vendrá a la cabeza que, para la filosofía occidental, el «pienso y luego existo» fue un punto sin retorno para la filosofía moderna; tal como sucedió con aquellos pensadores fuera de la esfera de influencia europea. Lo que se quiere decir es que las ideas requieren contexto y un soporte físico para su acceso. Son raros los casos como el de Leibniz y Newton que de manera autónoma elaboraron lo que posteriormente se conocería como cálculo —nótese que a pesar de no saber

que ambos trabajaban en lo mismo, compartían un mismo contexto histórico del desarrollo de las matemáticas—.

Para la condición (2) existe casi un consenso en que no afecta a la PI debido a que las ideas nunca se desperdician (Hughes, 1988; A. Moore, 2012). No obstante, si el acceso de una idea depende tanto de su contexto como de su soporte tangible, se vuelve relevante su desperdicio en los casos donde los derechos de PI controlan sus «expresiones concretas». Estos limitan de manera artificial las posibilidades de acceso de las ideas y, por ende, de los beneficios que pueden obtenerse para otros o para la sociedad. Es decir, para varias ideas sería un desperdicio dejarlas resguardadas dentro del «castillo» de la PI.

Otra dificultad es el condicionamiento de la propiedad a la labor desagradable. Locke supone que no hay labor placentera y por ello su ejecución ha de recompensarse a través de los frutos cosechados. No solo la propiedad es una fuente de riqueza o un medio necesario para fines humanos (Palmer, 1990), sino que tiene como consecuencia que a mayor goce, menor custodia (Stengel, 2004). El grado de protección de una propiedad sería relativo al desagrado que implica su creación. Si bien es posible dar con mecanismos para evitar que esto suceda (A. Moore, 2012), estos suponen un valor intrínseco a la labor realizada por un sujeto (Hettinger, 1989). Esta manera de valorar la propiedad pierde de vista que existen muchos factores externos que afectan al valor de los frutos (Hettinger, 1989), empezando por las disposiciones circunstanciales del mercado.

Una objeción más puede indicarse en la misma presentación de la teoría. El argumento va de manera progresiva de un comienzo mítico, religioso y natural a uno real, his-



tórico y positivo. Sin embargo, las condiciones lógicas para la satisfacción de este corrido suponen su punto de partida desde un inicio. Schroeder (2004) ha señalado —aunque no para criticar esta teoría— que el dichoso «estado de naturaleza» es una hipótesis lógicamente necesaria que concede explicaciones en retrospectiva. Es decir, semejante estado es una producción del hombre (Schroeder, 2004) para poder dar significado y sentido a su situación actual a partir de una génesis que podría remontarse hasta Adán y Eva.

Existen otros problemas con esta teoría pero para terminar me enfocaré a una que no se la ha prestado atención suficiente. La teoría laborista de Locke permite no solo fundamentar a la propiedad o a la PI, sino también ir en contra de ella. A. Moore (2008) menciona que desde Pierre-Joseph Proudhon se ha criticado a la teoría lockeana por suponer una expansión de derechos de propiedad a partir del cuerpo. Si bien Proudhon (2010) en *¿Qué es la propiedad?* no hace referencia a Locke, sí dedica cuantiosas páginas a la crítica del fundamento de la propiedad a partir del «trabajo». Su crítica va dirigida a cómo esta concepción atenta a la libertad de otros o de la sociedad, a la par que pretende establecer la abolición de la propiedad —el objetivo que Proudhon persigue a lo largo de esta obra—.

Supóngase que de manera efectiva el trabajo es el fundamento de la propiedad. De ser así, el valor de la propiedad no residiría en esta misma, sino en el trabajo empleado para su producción. Es decir, el capital yacería en el trabajo del sujeto, no en el objeto producido. Si esto es así, una primera consecuencia es que los objetos no le pertenecerían a quien es dueño de los medios de producción, sino a quien

con su trabajo los usa de manera efectiva. El capataz no sería el propietario de la milpa, sino el peón, porque con su trabajo la siembra y la cultiva. Pero ¿para qué detenernos ahí? Si el trabajo es la fuente de apropiación de los objetos. Si este se ejerce a través de las herramientas que permiten la producción de objetos. Si este al mismo tiempo requiere de un espacio definido para su ejecución que para Locke también está sujeto a dominio. Entonces, por medio del trabajo se es propietario no solo de sus frutos, sino de todo lo necesario para su producción. Al menos sería así durante el tiempo que se lleva a cabo la actividad productiva. El peón sería dueño de la milpa, pero también del tractor y de la tierra que trabaja. Como consecuencia se tiene una teoría laborista que volatiza, absorbe o vuelve irrelevante a la propiedad privada: solo es menester reelaborar los derechos laborales. O por lo menos le da mucho mayor peso a la propiedad pública o a los bienes comunes porque la propiedad privada sería efímera.

Por su simplicidad y potencia, esta teoría es la que ofrece mayor flexibilidad. Esto provoca las pasadas y demás dificultades. En cuanto su nomenclatura, esta puede encontrarse con distintos nombres según cuál sea el aspecto preferido a resaltar. Aquí se prefiere el uso de «teoría laborista» por un doble cometido. En su tratado, Locke habla de *labor* y no de *work*. Además, atendiendo a la distinción que hace Hannah Arendt entre labor, trabajo y acción, la primera se dedica a la satisfacción de las necesidades vitales (Arendt, 2003). Como puede interpretarse del texto de Locke, este defiende los derechos de propiedad a partir de un principio básico de sustento de la vida humana, por lo que la idea de «labor» arendtiana podría ser aplicable.

## 6

### ¿ES POSIBLE UNA TEORÍA DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL?

Pese al ánimo generalizado de elaborar una teoría de la PI, para sus teóricos los resultados aún no son satisfactorios. Hughes (1988) menciona que todas las teorías tienen sus detalles aunque para sobrepasarlos bien podrían complementarse. Hettinger (1989) acepta que todavía no hay una justificación adecuada a la PI. Palmer (1990) resalta que la mayoría de los argumentos ofrecidos en estas teorías vienen de defensores de la propiedad privada y del libre mercado. Para Stengel (2004) existen nexos entre las teorías, lo que refleja la necesidad de poner parches. Schroeder (2004) hace énfasis en que, con tal de defender la PI mediante Hegel, se termina por citarlo de manera incorrecta, hasta el punto de generar una visión romántica que no le corresponde y que en su lugar crea un fetiche en

torno a la creación intelectual. Shiffrin (2007) denota que sin importar la postura ante la PI, la mayoría acepta que el creador ha de recibir una justa compensación; el detalle estriba en cuál es la forma más adecuada. Epstein (2009) es de los más enfáticos en ver a la teoría de la PI como un sistema sujeto a los derechos liberales de libre empresa y de propiedad privada. A. Moore (2012) lanza una advertencia: privilegiar el aspecto económico de la PI genera el peligro de minar a las instituciones que la resguardan e incluso a la misma noción de PI. Por último, Barron (2012) propone un giro —al menos para la doctrina de los derechos de autor—: que la teoría ya no hable en términos de propiedad, sino de libertad de expresión.

Detrás de esta insatisfacción yace un conflicto de intereses. La teoría no se considera apropiada si no sirve al menos de guía para el quehacer político, económico y jurídico involucrado en la gestación y gestión de la PI. En otros términos, si la teoría no da respuesta a las necesidades del quehacer cultural contemporáneo, esta ha de ser puesta entre paréntesis o simplemente desechada.

Se habla de «contemporaneidad» cuando en realidad se alude al quehacer cultural que se da en el capitalismo global. Se indica «insatisfacción» en la teoría aunque más bien se trata de inconsistencias entre las antiguas formas de gestión de la PI y las recientes maneras en como esta puede gestarse y administrarse gracias a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Se acusa de «incompletud» cuando por lo general ninguno de estos teóricos ven la relevancia fundamental que tienen los «bienes comunes» para la PI.

# 7

## EL FAMILIAR INCÓMODO: LOS BIENES COMUNES

El engrosamiento cuantitativo—años aumentados para su protección— y cualitativo —tipo de obras o derivaciones bajo protección— de la PI no ha pasado inadvertido. Baldwin (2014) hace énfasis en que los retractores de la PI han estado desde el surgimiento de sus diversas manifestaciones hace ya más de tres siglos. Por ejemplo, Condorcet (1776) abogó por un entendimiento radical de la autoría la cual no se conforma como derecho de propiedad exclusivo, sea de manera absoluta o limitada a cierto tiempo. Años después el librero alemán Kehr (1799) publicó diversas obras sin autorización con el fin de facilitar el acceso a los libros para quienes no podían adquirir las ediciones legítimas. Poco más de sesenta años después, Proudhon (1862) escribió *Les Majorats littéraires* donde se muestra en contra de

los escritores, artistas y juristas franceses —encabezados por Alphonse de Lamartine— que pretenden establecer los derechos de PI. Proudhon (1862) acepta que las obras literarias son un producto como cualquier otro y que los autores y los inventores merecen una compensación justa por su trabajo. Sin embargo, la producción no es propiedad: son conceptos distintos que no pueden ser tratados a modo de sinónimos.

En la actualidad, los defensores de los «bienes comunes» (BC) esgrimen argumentos similares a los que se han venido elaborando desde el siglo XVIII. No obstante, como Baldwin (2014) bien resalta, la ola actual de críticos a la PI se caracteriza por su tenue conciencia histórica respecto a su mismo «bando». En parte esto puede explicarse por el contexto desde donde surgen la mayoría de los críticos actuales a la PI: los campos del desarrollo de *software* y, en general, de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

La PI de manera continua se ha contrastado con los BC. En este sentido es como Lessig (2005) y Baldwin (2014) hablan de una «guerra» con dos bandos: quienes defienden el engrosamiento o la permanencia de las actuales legislaciones de la PI y quienes argumentan la necesidad de su disminución o readaptación a las nuevas tecnologías de gestión de la información.

Lo que se tiene aquí es un desfase entre las nuevas técnicas de producción y reproducción y sus regulaciones jurídicas. Las consecuencias de esta «guerra» son sociales y culturales, aunque gran parte del debate se ha dado en los terrenos económico, político y jurídico. Entre uno y otro bando se discute la manera adecuada de resolver este

desfase. Por un lado los defensores de la PI suelen asentir en que las nuevas tecnologías de la comunicación deberían obedecer lo dictado por las leyes. Por el otro lado, los defensores de los BC argumentan que las legislaciones y la economía deberían de adaptarse a los nuevos cambios tecnológicos.

Los trabajos a favor de los BC han ocupado un lugar secundario dentro de las teorías de la PI. Por ejemplo, para Hughes (1988) los BC son una consecuencia de la expiración de la PI. Son pocos los teóricos de la PI, como Epstein y Barron (2012), que han mostrado su preocupación sobre cómo un ecosistema robusto de la PI podría dar como resultado los «anticomunes»: el fenómeno que acontece cuando una protección tan extensa y compleja torna los costos de transacción de los bienes culturales en un acceso controlado y prohibitivo (Epstein, 2009).

Para Barron (2012) los BC son un ecosistema a preservar porque se trata de *uno de los dos momentos* de una misma estructura orientada a garantizar la libertad de autoría para todos. Es por ello que pese a la poca o nula importancia dada a estos, los BC son un elemento que tal vez sea conveniente retomar para poder comprender los motivos y las argumentaciones necesarias para una posible teoría de la PI.

## 8

### EL RESURGIMIENTO: EL MOVIMIENTO DEL SOFTWARE LIBRE

A principios de los ochenta en el laboratorio de inteligencia artificial del MIT el joven programador Richard Stallman y otros colaboradores se percataron de un nuevo fenómeno que estaba modificando la manera de hacer *software*. Acorde a Stallman (2004) durante los setenta el código se compartía sin ningún tipo de restricción. A partir de la siguiente década este se convirtió en propiedad privada, ocasionando divisiones en las comunidades tecnológicas que crecían alrededor de las primeras universidades con acceso a computadoras conectadas a internet.

Stallman junto con otras personas se organizaron para dar lugar a lo que se conocería como el movimiento del *software* libre. Su declaración de principios y plan de trabajo se publicó en 1984 con el título *El manifiesto GNU* (Stallman,



2016). En este manifiesto se declaran las cuatro libertades del *software*: las de uso, estudio, distribución y modificación de los programas computacionales. Para llevarlo a cabo, este movimiento comenzó el proyecto GNU —se trata de un acrónimo recursivo que significa *GNU is Not Unix* muy *ad hoc* al humor entre programadores (Stallman, 2016)—, el cual busca el desarrollo de un sistema operativo completamente «libre», y fundó la Free Software Foundation (FSF), con el fin de financiar, difundir y velar por el *software* libre.

En el terreno teórico y de producción del conocimiento el movimiento del *software* libre tiene un espacio al proponer el concepto de «*copyleft*» y la licencia de uso GPL. El término *copyleft*, acuñado por Don Hopkins, busca hacer explícito la oposición a las actuales legislaciones del *copyright* (Stallman, 2004). Las obras bajo *copyleft* permiten cualquier uso, excepto el de añadir restricciones (Stallman, 2004) —y aunque este autor no lo indique, el *copyleft* también prohíbe la ausencia de atribución en la obra creada o derivada—. En el ámbito legislativo el *copyleft* se vale de las actuales leyes del *copyright* con un fin contrario a su cometido: el acceso casi irrestricto de las obras (Stallman, 2004). Su primera aplicación concreta la vemos en la GPL.

La GPL (Licencia Pública General, por sus siglas en inglés) es una licencia de uso no exclusiva que se añade a las obras con *copyright*. Con la finalidad de facilitar el acceso y la gestión de las obras protegidas, este tipo de licencia hace posible su uso sin necesidad de celebrar una cesión de derechos tradicional (“Ley Federal del Derecho de Autor”, 1996). Autores como Lessig (2005) han sido muy enfáticos en que estas licencias no van en contra del *copyright*. En su

lugar, consiste en un traslado de «todos los derechos reservados» a «algunos derechos reservados» (Lessig, 2005). Cualquier obra bajo GPL puede ser usada según sus términos y condiciones —en general, el respeto a las cuatro libertades del *software* libre— sin la necesidad de contactar o de pedir permiso explícito al propietario de sus derechos.

Una de las particularidades del *copyleft* y la GPL es la obligación de heredar el mismo tipo de licencia a cualquiera de sus obras derivadas. Esto se conoce como «cláusula hereditaria». Es decir, si un usuario quiere modificar y distribuir un programa de cómputo bajo GPL, esta nueva obra deberá de ser publicada bajo el mismo tipo de licencia. Este carácter hereditario y no exclusivo es una de las originalidades de las licencias *copyleft* dentro de la legislación de los derechos de autor. Así es como, según Stallman (2004), se permite la preservación del *software* libre pese a las actuales leyes del *copyright*: no resuelve el problema, pero en la práctica solventa algunas dificultades en torno a la restricción de acceso al *software*.

## 9

### LA BIFURCACIÓN: LA INICIATIVA DEL CÓDIGO ABIERTO

Uno de los supuestos básicos dentro del movimiento del *software* libre es que el código es un BC en lugar de alguna clase de propiedad privada. Stallman en continuas ocasiones ha criticado la pretensión de hacer del código una propiedad, así como una y otra vez ha indicado la ambigüedad y pretensión omniabarcante del término «propiedad intelectual» (Stallman, 2016). Incluso ha prohibido su uso en el discurso y a cambio exige hablar de manera concreta sobre los derechos de autor o las patentes (Stallman, 2004).

Esta inflexibilidad no ha sido obviada por muchos colaboradores que en un principio sintieron atracción ante las intenciones del movimiento del *software* libre. Ya en *El manifiesto GNU* se percibe la intención de Stallman de darle fundamento teórico al movimiento a través de la constitu-

ción de una ética deóntica (Stallman, 2016). En este y otros escritos —aunque cada vez con menos frecuencia— Stallman ha hablado de una «Regla de Oro» (Stallman, 2004, 2016). Esta regla consiste en que si no se desea la acaparación de la información, se debe de considerar erróneo quien así lo lleve a cabo, por lo cual se ha de obrar de tal manera que sea posible su liberación (Stallman, 2004). Stallman (2004) cataloga esta regla como una «ética kantiana», por lo cual cabe entenderse como una especie de imperativo categórico dentro del campo del desarrollo de *software*. Estudios filosóficos sobre la interpretación de la «ética kantiana» por parte del movimiento del *software* libre aún son necesarios.

La actitud y eticismo de Stallman generaron varias tensiones, que en los noventa llegaron a un punto de inflexión, en particular sobre el uso de la palabra «libre». Personas dentro del movimiento del *software* libre argumentaron que el uso del término «libertad» era contraproducente para el movimiento y, por lo tanto, tenía que eliminarse (Stallman, 2004). Los principales argumentos a favor de este cambio indicaban que el término «libertad» es ambiguo y se presta a muchas interpretaciones, varias de ellas poco atractivas para la iniciativa privada. Por ejemplo, en inglés la denominación «*free software*» podría entenderse como *software* gratuito y no como *software* libre. Esto aleja a las empresas que pueden brindar el apoyo financiero para la realización de las metas del proyecto GNU (Stallman, 2004).

En este sentido sería interesante analizar la noción de «libertad» empleada por este movimiento en relación con lo que en el quehacer filosófico se ha entendido por el

mismo concepto. De manera puntual podría investigarse qué tanto la ambigüedad en el uso y en su definición consiste en un problema filosófico «heredado» al campo del desarrollo de *software*: no existe una sola definición de la libertad y la pretensión por delimitarla es, por lo menos, problemática.

En 1997 el debate llegó a un camino sin salida y, con ello, la bifurcación del movimiento del *software* libre. En ese año Eric Raymond publicó el ensayo *La catedral y el bazar* en el cual se hace hincapié a los nuevos modos de producción de *software* más «horizontales» —los bazares— que permiten mayor flexibilidad y calidad en el código a la forma común de hacer *software* (Raymond, 2016). Según Raymond, el desarrollo de programas de cómputo antes del advenimiento del sistema operativo GNU/Linux se caracterizaba por una serie de jerarquías que volvían muy costoso y complejo el desarrollo de *software* conforme este iba evolucionando (Raymond, 2016). Este modelo de desarrollo lo catalogó como «catedral», ya que consiste en una división del trabajo entre quienes son arquitectos y quienes son albañiles, y con una gran planificación con el fin de erigir grandes monumentos. En contraste, el modelo bazar ofrece mayor versatilidad al fomentar un modo de producción ordenado según los méritos de cada programador integrante del proyecto de *software* (Raymond, 2016), con lo cual se incentiva el constante cambio en la organización con la finalidad de mejorar el programa según sus necesidades y usos reales.

En 1998 se fundó la Open Source Initiative (OSI), formalizándose así la bifurcación definitiva del movimiento del *software* libre. En el terreno teórico esto implicó la ge-

neración de licencias de uso no exclusivas y abiertas. Durante muchas décadas la OSI ha tenido roces con la FSF y el campo teórico y legal del *copyleft* no es una excepción.

Varios adherentes a la iniciativa del código abierto, como Jay Maynard, han indicado que la cláusula hereditaria es paradójica ya que niega lo que esta misma pretende: «restringir la libertad para poder maximizarla» (Maynard, 2010). Quizá esta discusión puede entenderse de manera más plena si se toma en cuenta que una de las principales diferencias entre la FSF y la OSI es que esta última no supone que el código sea un BC, sino una especie de propiedad que, si bien ha sido trabajada en común, puede ser explotable comercialmente por quienes tengan sus derechos.

Es decir, se trataría de una propiedad en común que puede ser comercializada por unos cuantos al no heredar la cláusula hereditaria del *copyleft* que obliga liberar todas las mejoras de un programa, permitiendo así su «cierre» o «retorno» a las formas tradicionales de gestión de derechos. Esto podrá causar molestias, pero si de maximizar la libertad se trata, también se tiene que garantizar la libertad de no publicar las mejoras pese a que el trabajo original haya sido desarrollado con licencias de código abierto (Maynard, 2010). Al final, si de «libertad» se habla, también se debería de respetar la «libertad de empresa» sea por programadores o por las corporaciones que forman parte de la industria tecnológica. Dada esta flexibilidad para la privatización del *software*, en la actualidad el código abierto goza de mayor popularidad que el *software* libre, como se hace evidente en quienes apoyan a la OSI o a The Linux Foundation: AT&T, Google, IBM, Intel, Microsoft, Samsung, entre otros (The Linux Foundation, 2019).

# 10

## LA AMPLIFICACIÓN: LOS MOVIMIENTOS DE LA CULTURA LIBRE Y DEL ACCESO ABIERTO

Dentro de las comunidades de *software* libre y de código abierto estas pugnas han sido constantes a lo largo de su historia. Aunque la FSF y la OSI difieren en criterios al momento de definir qué es una licencia «libre» o «abierta», en la práctica los desarrolladores de *software* suelen encontrar puntos intermedios para poder ejecutar cada uno de sus proyectos, sin importar que sean de *software* libre, de código abierto o de código propietario. Un ejemplo de esta flexibilidad son comunidades específicas que cuentan con sus propios criterios, como es el caso del *Contrato social de Debian* en el cual se define lo que es *software* libre para quienes integran la comunidad que mantiene Debian, una distribución de un sistema operativo GNU/Linux (Debian, 2004).

A finales de los noventa y principios del nuevo milenio esta diversidad de ideas en torno al *copyright* y el *copyleft* empezaron a influenciar otras esferas de la creación intelectual. Dos de los casos más relevantes fueron el movimiento de la cultura libre y del acceso abierto, los cuales se gestaron de manera paralela.

El uso de licencias *copyleft* en sus orígenes se delimitó al campo del desarrollo de *software*. A Lawrence Lessig, abogado y académico, por lo general se le acredita como uno de los principales personajes que trasladaron este discurso al terreno más general del quehacer cultural. En *Por una cultura libre* Lessig (2005) lleva a cabo una derivación del *software* libre en la búsqueda de un equilibrio entre lo que llama la «anarquía» y el «control» de la PI. Lo que se estaría buscando es la gestación de una cultura que apoye y proteja a los creadores sin perjudicar el derecho al acceso de la información por parte de los usuarios (Lessig, 2005). No se trataría de una cultura sin propiedad, sino una cultura del permiso (Lessig, 2005). Para Lessig (2005) el *copyright* en su vertiente contemporánea se ha convertido en un problema debido a su engrosamiento cuantitativo y cualitativo. Uno de los principales factores que han llevado al *copyright* a ser una herramienta que detiene la labor creativa —fin contrario por el cual se constituyó, según este autor— es que el internet ha causado una «guerra» al posibilitar la difusión eficiente de contenidos (Lessig, 2005).

Ante este panorama, Lessig (2005) asiente con la necesidad de la propiedad y la PI por su relevancia para la sociedad. Sin embargo, la propiedad no lo abarca todo. A diferencia de varios de sus colegas abogados, Lessig (2005) argumenta que es la legislación y los mercados quienes



deberían de ajustarse a lo que las nuevas tecnologías de la comunicación hacen posible. La función de regulación ahora no depende solo de las leyes, sino también del código: «el código es la ley» (Lessig, 2009). Para Lessig (2005) en esta «guerra» es necesario encontrar un punto medio que evite el control en el comportamiento de los usuarios. Por ello, la cuestión no es en optar entre la PI o los BC, sino en constituir sistemas de gestión de la PI y las libertades que permiten (Lessig, 2005). En general, el esfuerzo de Lessig (2005) consiste en redefinir el debate entre ambos bandos en términos más amplios y no binarios.

Una de sus propuestas para la amplificación, la diversificación y la redefinición de esta problemática son las licencias de uso Creative Commons (CC). Este tipo de licencias retoman varios de los elementos presentes en las licencias de *software* libre o de código abierto con el fin de ser empleados por cualquier tipo de creador intelectual. Para Lessig (2005) las CC son un *copyright* razonable que va más allá de la doctrina del uso justo y que funcionan para complementar a las actuales legislaciones del *copyright*. Con las CC se pretende erigir un movimiento de consumidores y creadores de contenidos en pos del dominio público en el cual todos puedan adquirir o recibir compensaciones de manera justa (Lessig, 2005).

Diversos académicos también observaron en los BC la posibilidad de encontrar un equilibrio entre las legislaciones actuales del *copyright* y lo que las nuevas tecnologías hacen posible. Según S. Moore (2019) este movimiento tiene sus orígenes no tanto en la efervescencia en el campo del desarrollo de *software*, sino en las comunidades de editores independientes de los ochenta y los noventa. Aún así,

el movimiento del *software* libre gestó una alternativa a la propiedad de los programas de cómputo. Para varios editores académicos esto fue una muestra de la posibilidad de oponerse a las prácticas de diversas editoriales comerciales (S. Moore, 2019).

Qué tanto influyó el movimiento del *software* libre o la iniciativa del código abierto al movimiento del acceso abierto es todavía una cuestión por examinar. También está pendiente el análisis del impacto que la presencia o ausencia del acceso abierto ha tenido en sectores académicos específicos, como son la producción filosófica dentro de las universidades en América Latina. Lo que parece más claro es que varios académicos vieron la conveniencia de emplear la publicación en internet para sus propios fines (S. Moore, 2019).

En los noventa varios autores académicos empezaron a experimentar con tecnologías de edición digital para poder ocupar un espacio que en ese tiempo aún no había sido habitado por las editoriales comerciales (S. Moore, 2019). Aunque el movimiento del acceso abierto no es un movimiento unitario, por lo general sus adeptos asienten en que las editoriales comerciales no siempre respetan los intereses del quehacer académico (S. Moore, 2019). Por ello este movimiento no solo es una mera cuestión de acceso a la información, sino también sobre una serie de mecanismos para que los académicos tengan un mayor control sobre su trabajo (S. Moore, 2019).

Aunque esta búsqueda de control aún está en disputa, en esos años empezaron a surgir una serie de iniciativas en pos del acceso abierto de los artículos científicos, como es perceptible en 2002 con la Budapest Open Access

Initiative (BOAI). Lo que esta iniciativa busca es que la literatura científica esté disponible en internet para que los usuarios puedan leerla, descargarla, copiarla, distribuirla, imprimirla o referenciarla sin ningún costo (Chan y col., 2002).

La única restricción a este acceso sería el derecho al autor sobre la integridad de su trabajo (Chan y col., 2002). Este requisito se aleja de la tradición del *copyright* y se acerca a la doctrina del derecho de autor. No se trata de un control sobre la copia de la obra, sino sobre el dominio que tiene el autor para poder ser propiamente conocido y citado.

Con el fin de garantizar este acceso, la BOAI propone dos estrategias. La primera es la constitución de repositorios públicos disponibles en internet que sirvan para la conservación y consulta de los artículos científicos (Chan y col., 2002). La segunda es la publicación de revistas académicas sin costo para su acceso y de preferencia financiadas con recursos públicos (Chan y col., 2002).

SciELO es un ejemplo temprano y en América Latina de estas estrategias previo a la BOAI. En 1998 en Sao Paulo, Brasil, nació el proyecto de una biblioteca electrónica de acceso abierto llamada Scientific Electronic Library Online o, de manera breve, SciELO (Wikipedia, 2019b). En la actualidad SciELO tiene presencia en casi todos los países de América Latina, incluyendo México —está gestionada por la DGB de la UNAM (SciELO México, 2019)—. Otros proyectos a resaltar en esta parte del mundo son Dialnet, para la producción académica en habla hispana, y la Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (Redalyc).

La amplificación de la ola contemporánea en pos de los BC ha ido desde las comunidades de desarrollo de *software* o de editores independientes, pasando por comunidades científicas y creadores culturales en general, hasta en derivaciones muy específicas como en el hacer tipográfico. El movimiento de las fuentes libres hace hincapié en la especificidad de sus creaciones ya que son sujetas a derechos de autor y a patentes de manera distinta a como se gestionan los programas de cómputo u obras literarias (Crossland, 2008). Esto da como resultado un ecosistema cada vez más robusto de creadores y usuarios en pos de los BC.

# 11

## LA CRÍTICA INTERNA: EL COPYFARLEFT

El aumento de creadores y usuarios a favor de los BC no ha sido un fenómeno consistente y uniforme. Al parecer el único consenso es que el quehacer cultural debería tratarse lo más cercano a un BC. Tampoco existe mucha claridad al respecto de las diversas categorías que son empleadas por estos proponentes como son las de «libertad», «apertura», «acceso», «información», «autoría», «propiedad», «propiedad intelectual» e incluso el mismo término de «bienes comunes».

Ante las faltas de congruencia entre la práctica y la teoría, y de coherencia en el discurso, en 2010 Dmytri Kleiner publicó el *Manifiesto telecomunista*. La intención general de este manifiesto es conducir los logros conseguidos por el *software* libre hacia un programa de socialismo de izquierda. Para Kleiner (2019) la concepción de la sociedad y la cultura como un mercado es un imaginario capitalista

que debe eliminarse. Para ello se vale del «comunismo de riesgo»: un modelo de autoorganización inspirado en la tipología de la red, donde el cambio social viene a partir de un modelo de intercambio descentralizado y compuesto por voluntarios, lo que también llama «economía de red» (Kleiner, 2019).

Esta obra puede catalogarse como un híbrido entre diferentes ideas trabajadas por los colectivos de la izquierda europea y los discursos de la ola contemporánea en pos de los BC. Por este motivo y con explícita alusión al *Manifiesto comunista*, es como Kleiner denomina este manifiesto como «telecomunista».

Uno de los supuestos centrales del manifiesto es que el internet no podrá ser «libre» si continúa con el financiamiento capitalista (Kleiner, 2019). El «trabajador en internet» no es distinto al resto de los obreros: no es propietario de los productos de su trabajo (Kleiner, 2019). Para resolver esta tensión a favor de la «sociedad libre» existe una postura concreta sobre la propiedad: esta es antagónica de la libertad debido a que a distancia controla lo producido por otra persona, subyugándola a quien es el dueño de los medios de producción (Kleiner, 2019).

Kleiner (2019) propone dos estrategias para la lucha de clases: el comunismo de riesgo y el *copyfarleft*. Mediante el comunismo de riesgo se buscaría la generación de la capacidad económica que conlleve al conflicto de clase y, con ello, a la transformación del sistema capitalista (Kleiner, 2019). Las licencias *copyfarleft* serían un dispositivo concreto que permitiría la gestación de esta capacidad económica.

Esta propuesta es, entre los personajes más célebres

dentro de la ola contemporánea a favor de los BC —como Stallman, Raymond y Lessig, y sin tanta visibilidad también Maynard—, por lo menos problemática. Para Maynard (2010), Raymond (2016) y Lessig (2005) el mercado, como elemento central para el desarrollo de la creación intelectual, no es puesto en duda. A través de sus escritos es perceptible su preocupación por la acaparación del mercado a manos de unas cuantas corporaciones, pero todos ellos de manera explícita argumentan su necesidad para el quehacer cultural (Lessig, 2005; Maynard, 2010; Raymond, 2016).

Para Stallman y en general para la postura de la FSF el apego al mercado no es tan explícito. Si bien Stallman (2004) en varios de sus escritos llama a que el código es una cuestión más social que comercial, las posturas políticas de este autor y de la FSF hacen patente alguna clase de respeto a la comercialización del *software*. El *software* como producto de una comunidad «libre» no es necesariamente gratuito, sino que su adquisición y uso es «libre» aunque no por ello antagónico a su venta no exclusiva como producto final o a su cobro bajo el concepto de prestación de soporte técnico.

Otro aspecto a resaltar es uno de los criterios que la FSF emplea para definir si una licencia puede ser considerada «libre». Acorde a esta fundación, una licencia de uso libre es aquella que no discrimina su uso según el tipo de usuario, incluyendo a gobiernos y corporaciones (Free Software Foundation, 2019). Esto permite la apropiación del trabajo de las comunidades de *software* libre por parte de terceros sin la obligación de contribuir con la comunidad, siempre y cuando se respeten los términos de licencia. Esto deja

patente que aunque la pretensión de las licencias *copyleft* es dar «libertad» a sus usuarios, por regla general concede más libertades sobre el uso del objeto producido que al sujeto que lo produce. Como casos están las compañías chinas que emplean licencias de uso al mismo tiempo que obligan a sus trabajadores a desarrollar *software* de nueve de la mañana a nueve de la noche durante seis días a la semana. Aspecto que resalta el movimiento anti-996 (Anónimo, 2019) y cuya realidad no es lejana a la manera en como compañías de Estados Unidos o de Europa relocalizan su trabajo en India o América Latina.

Para Kleiner (2019) el *copyleft* no permite observar el conflicto de clases existente. Si bien la principal innovación del *copyleft* fue volver al *copyright* contra sí mismo, esto es insuficiente en un contexto del «capitalismo de riesgo», que se caracteriza por la apropiación privada de plataformas digitales cuyo valor fue creado gratuitamente por sus usuarios (Kleiner, 2019). Según Kleiner (2019) la pobreza no se origina por las faltas de cultura o de acceso a la información, sino por la explotación de la clase productora. El comunismo de riesgo ha de operar en un ecosistema integral de bienes y servicios, sean físicos o no. Esto lleva a Kleiner (2019) a criticar la ola contemporánea en pos de los BC por su complicidad en la acumulación capitalista.

La crítica más dura de Kleiner (2019) es hacia Lessig y las licencias CC. Acorde al manifiesto, antes de Lessig las comunidades a favor de los BC luchaban en contra de todo tipo de propiedad, catalogándose así como movimientos *anticopyright*. Sin embargo, después de Lessig estas comunidades poco a poco se han inclinado más a la búsqueda de reformas de las actuales legislaciones de la PI, por lo



que ahora se constituyen como movimientos *copyjustright* (Kleiner, 2019).

Para ser más explícito, Kleiner (2019) declara que las licencias CC son una versión más elaborada del *copyright* y, por ende, habla de *copyjustright*. Según este autor, las CC se caracterizan por concebir lo «libre» como libertad de consumo de las obras bajo control del creador. Estas licencias serían un modo de restricción arbitraria según las preferencias del autor, las cuales niegan los derechos del consumidor y dejan sin sospecha la relación actual entre productores y consumidores. Esto tiene como consecuencia la generación de un anticomún que encubre la lógica capitalista. Por un lado regresa al «mito» del pasado incorrupto del *copyright* y a las ideas románticas sobre la originalidad y la creatividad. Por otro, da pequeñas concesiones en un «campo de juego» determinado por la falta de cuestionamiento a la propiedad privada y la personalización de la propiedad en la noción de la PI. En conclusión, para Kleiner (2019) el trabajo de Lessig es distante a los objetivos del *anticopyright*.

Sobre el *copyleft* Kleiner (2019) declara que es una regresión a lo que se buscaba en los movimientos de *anticopyright* debido a las siguientes contradicciones. Primero, el *copyleft* supone que existió una Edad de Oro del *copyright* pero que en la actualidad ya no cumple su función, por lo que el *copyleft* viene para enmendar esa corrupción, que según el autor jamás existió: el *copyright* nunca fue para el beneficio de los creadores. Segundo, su origen es el contexto *hacker* alrededor de las primeras universidades con acceso a internet en Estados Unidos y de Europa que le interesa perseguir el conocimiento por sí mismo, dejando de lado

cualquier lucha de clases al limitarse al estrecho marco de la producción «inmaterial». Tercero, no es incompatible con la economía capitalista e incluso se usa para recortar costos en la producción —esto explicaría porque empresas que en su momento se opusieron al *software* libre o al código abierto, desde hace pocos años están empezando a adoptar estos modos de producción, como son Microsoft, Apple e IBM— y para inducir a la venta del trabajo como medio de subsistencia.

En conclusión, para Kleiner (2019) el *copyleft* no tiene un impacto directo en la distribución de la riqueza y el poder, donde su efectividad en el campo del desarrollo de *software* ha hecho evidente que es un nuevo medio para la acumulación de capital. En un sentido ideológico, se trata de un retroceso del *anticopyright* porque neutraliza la comprensión de este fenómeno como una lucha entre el capitalismo y el comunismo de riesgo. En un espectro político, la regresión estriba en la omisión de la crítica elaborada por la izquierda socialista europea al capitalismo. En fin, el *copyleft* se orienta más a la libertad de información que a la libertad de explotación: no ayuda a los productores culturales porque no fomenta una economía controlada por ellos mismos (Kleiner, 2019).

Al tomar en cuenta estos supuestos retrocesos, Kleiner (2019) propone un retorno crítico al *anticopyright* basándose en la enseñanza dejada por los movimientos que promueven el *copyleft*. Este regreso busca una «libertad» absoluta y la abolición de todo tipo de PI, cuyo término acuñado es el *copyfarleft*. En el terreno teórico, las licencias *copyfarleft* pretenden que los trabajadores retengan el valor de los productos de su actividad en un contexto de uso y

sustracción en común. Es decir, permite su uso comercial pero entre agentes que no se valen de la explotación para su sustento económico. Con esto se busca el desarrollo de una economía de trabajadores como punto intermedio para la consecución de una sociedad sin clases. La propiedad aquí sería entendida como propiedad en común, no como propiedad privada. Esta propiedad serviría como un medio para llegar a la fracturación y transformación de la economía capitalista (Kleiner, 2019). Algunos ejemplos de licencias *copyfarleft* son la Licencia de Producción de Pares (Kleiner, 2012) o la Licencia Editorial Abierta y Libre (Zhenya, 2019).

Debido al amplio uso de categorías trabajadas por organizaciones de la izquierda europea y de índole marxista, un análisis sobre su coherencia teórica aún está pendiente. También es menester contrastar este discurso con la manera en como las comunidades *hacker* en América Latina han recibido y formado parte de esta ola contemporánea. No obstante, caben resaltar dos cuestiones al respecto de la crítica hecha por el *copyfarleft* al *copyleft* y al *copyright*.

Kleiner hace patente que el principal punto de disputa es sobre quién tiene el control de la producción a partir de las nuevas tecnologías como son el internet y lo que en general se denominan tecnologías «digitales». En este sentido, si bien las creaciones intelectuales se han comprendido como PI o como BC, en ambos casos cabe la posibilidad de percibir un punto de encuentro. De uno u otro extremo parece existir un entendimiento general de que la creación es propiedad, sea esta propiedad privada, propiedad pública o propiedad «en común».

Esto tiene el efecto de disminuir la tensión entre cual-

quier tipo de teoría de la PI y las aproximaciones teóricas a favor de los BC. En lugar de buscar defenderlas o refutarlas, se pretendería la gestación de teorías sobre el control de los medios de producción de índole «intelectual»: ¿quién o qué tiene la autoridad de determinar cómo se desarrolla *software*, cómo se compone música, cómo se filman películas, cómo se publican textos, cómo se genera el conocimiento y, en general, cómo se hace cultura? Las teorías de la PI y la ola contemporánea en pos de los BC se podrían interpretar a modo de dos tendencias o *momentos* dentro de la gestión de la producción cultural, como ya señalaba Barron (2012). El apoyo a los BC no sería una resolución al desafío planteado por el engrosamiento de la PI. Ambas tendencias serían «síntomas» que van más allá de un llano desfase entre las legislaciones actuales y las nuevas posibilidades técnicas. El punto de partida sería determinar a cuál fenómeno o «malestar» se refieren, si es que tal tarea es posible.

Por otro lado, esto manifiesta que la producción es el aspecto al que más relevancia se le ha dado durante esta «guerra». La infraestructura cultural actual no solo recae en la creación constante de nuevos productos. En este sentido serían interesantes ciertos estudios cuya hipótesis sea que el valor dado a la productividad recae más bien en la *reproducción* constante de objetos materiales hechos mercancía y de textos cuyo valor reside en su proliferación para su «validación» —como Palmer (1990) hace ver en las pretensiones por dar con justificaciones para la PI—.

Los costos humanos y económicos para mantener esta infraestructura es al menos equiparable al precio que se paga para la generación de nuevos objetos, incluyendo textos. Por ejemplo, el salario que se le paga al cuerpo académico.

Por un lado tenemos la obligación docente de reproducir y mantener el conocimiento a través de la enseñanza, el apoyo a la conclusión de estudios del alumnado o el soporte a otras actividades académicas de la universidad. Por el otro se tiene la necesidad de producción de conocimiento como la redacción de artículos, capítulos de libros, ponencias o libros a tal ritmo que incluso se ha sintetizado con la frase «publica o muere». Uno de los puntos de análisis para poder comprender lo que implica la «guerra» entre la PI y los BC tal vez se encuentra en la sospecha respecto a la relevancia que en ambos «bandos» se le ha prestado a la productividad intelectual, sea para subordinarla a intereses políticos o económicos ajenos al ámbito académico o para la apropiación por parte de los cuerpos académicos.

## 12

### EN LA BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN DE LOS BIENES COMUNES

Una crítica común al concepto de «propiedad intelectual» por parte de quienes apoyan a los BC es que abarca demasiadas legislaciones no equiparables entre sí. Esto hace de la PI un término ambiguo y, por ende, poco apto para su uso como elemento central en la gestión de la creación intelectual. Sin embargo, lo expuesto hasta ahora exhibe que los significados de los «bienes comunes» y la «libertad» promulgadas por el *copyleft* y el *copyfarleft* se suponen en el discurso. Estos conceptos por lo general se aprehenden de manera intuitiva a través de la argumentación.

Otra dificultad que se desprende de la crítica elaborada por los defensores de los BC es que no hay una delimitación clara sobre la crítica hacia la propiedad. En varios de los casos existe una sinonimia entre los términos «propie-

dad», «propiedad privada» y «propiedad intelectual». Si bien es cierto que las teorías de la PI hasta ahora elaboradas la suponen como «propiedad privada», esto no cierra la posibilidad de una teoría que se refiera más bien a algún tipo de «propiedad pública» o de «propiedad en común». Además, es perceptible que el término «bienes comunes» se usa como sinónimo de alguna clase de propiedad. Lo que ambas tendencias parecen señalar es que la creación es propiedad, pero ¿qué clase de «propiedad»?

Según Hughes (1988) la PI en relación con los BC puede entenderse como «bien común potencial». Para Epstein (2009) la PI robusta es un «anticomún». Esto parece implicar que los BC se delimitan y se comprenden a partir de su nexos con la PI y viceversa. Los BC se entienden como consecuencia de la expiración de la PI (Hughes, 1988) o como el punto de partida «en común» desde el cual de manera positiva se garantiza la existencia de la PI, según los argumentos de la teoría laborista (A. Moore, 2012).

Una tentativa para contemplar lo que implica la definición de los BC es la elaboración de un marco que los sitúe en su vínculo con la PI. El siguiente esquema supone que existen dos tendencias, los «anticomunes» y los «bienes comunes», y un punto medio, los «bienes no-comunes».

Los «anticomunes» son creaciones intelectuales cuyo acceso los vuelve prohibitivos debido a su costo (Epstein, 2009). En esta parte del esquema se encuentra la «PI robustecida». El crecimiento cuantitativo y cualitativo de la protección de la PI genera el efecto de aumentar los costos de transacción para su acceso hasta el punto de ser inaccesibles para la mayoría de la población. Si bien varios juristas, economistas o legisladores pretenden engrosar su pro-

tección, los teóricos de la PI y los autores a favor de los BC revisados aquí asienten en que esta no es la solución, sino una agravación del problema sobre qué tanto control deberían de tener los creadores y los distribuidores sobre las obras y qué tanto tendría que inclinarse la balanza a favor de los usuarios. Algunos ejemplos de PI robustecida son las patentes o los derechos de autor cuyo precio impiden su adquisición para su reproducción, como la cesión de derechos para la traducción o la reedición de obras. Otro ejemplo son los eventos culturales cuyo costo es imposible pagar para la mayoría de la población. La categoría de «anticomún» no es estática, sino relativa al poder adquisitivo de cada comunidad, región, etcétera. En América Latina el pago mensual por *software* propietario en muchos casos no es viable —incentivando la piratería— a diferencia de otros lugares como Estados Unidos o Europa.

El posicionamiento de la PI no prohibitiva es debatible. En efecto no puede colocarse como BC ya que esta noción supone la posibilidad de acceso a la creación sin un intercambio económico de por medio y sin la necesidad de pedir permiso al creador. Por ello se coloca dentro de un espacio intermedio que catalogaremos como «bienes no-comunes». Esto deja en evidencia que el esquema podría ser más exacto si en lugar de posicionar conceptos sirviera como marco de referencia para cada creación intelectual. Ejemplos de este tipo de PI serían los eventos culturales de «bajo» costo como el cine o los espectáculos en la calle donde su acceso se da en forma de cooperación voluntaria, las campañas de fomento a la lectura en la que se regalan libros y en general cualquier campaña o creación intelectual que sea accesible por medio de subsidios.



Las características de las creaciones intelectuales «no-comunes» es que requieren un bajo costo de transacción o su acceso es permisible gracias a una clase de subsidio. Esto no esclarece mucho esta dimensión del esquema ya que es debatible lo que se da a entender por «bajo costo» o «permisividad», porque es relativo a la capacidad económica de cada contexto. Pero se trata de dar pautas para poder tener un panorama más general sobre la diversidad de creaciones intelectuales que son tratadas como propiedad. Así como abre la puerta a otros debates. Por ejemplo, ¿puede considerarse un bien común la educación pública y gratuita gracias al subsidio del Estado?

En los bienes no-comunes también se localizan las creaciones intelectuales de «propiedad pública». Su gestión corre a cargo del Estado y en supuesto beneficio para sus comunidades. No es un bien común porque requiere la autorización o el pago al Estado —a modo de cuotas o impuestos— para su acceso. Ejemplo de ello son los museos, los archivos, las universidades o en general cualquier institución cultural que recibe fondos públicos.

Del otro extremo se tienen los «bienes comunes». Sus sinónimos son «propiedad en común» o «propiedad común» si se comparte el supuesto de que la creación es propiedad. El acceso público de este tipo de bienes no está determinado por costos de transacción o por el permiso de sus creadores. Aunque esto no excluye que su acceso esté limitado a la infraestructura cultural o a cuestiones geopolíticas. Este espectro del esquema abarca varios tipos de propiedad ya que de suyo implica que los bienes no son tratados como propiedad privada ni como propiedad pública.

Una de las formas más habituales de bienes comunes es el «dominio público». El dominio público no es una propiedad pública porque no se trata de bienes cuyo uso está bajo control del Estado. El Estado vela para su efectivo cumplimiento, aunque de manera particular no gestione el uso de cada creación intelectual puesta en este dominio. El papel del Estado en este contexto es sobre la gestión en la transacción de la creación intelectual como PI a BC. Se trata de un control sobre la conversión en el tipo de propiedad, pero no sobre su modo de empleo. Aunque si los derechos morales no caducan al darse esta permutación, el Estado tiene la función de restringir ciertos usos de los bienes puestos en dominio público —esto puede indicar que el dominio público está en una zona intermedia entre los bienes no-comunes y los BC—. Ejemplos en México tenemos toda obra literaria o artística de creadores que fallecieron *al menos* hace cien años, como los poemas de Sor Juana Inés de la Cruz o, en el caso *más contemporáneo*, los textos de Amado Nervo.

En este sentido puede entenderse porque Hughes (1988) habla de los BC como consecuencia de la expiración de la PI. La reducción de los BC al dominio público implica que solo se obtienen a partir de la dilución de la PI a través de la pérdida del derecho positivo a su posesión exclusiva. Esto evidencia el correlato entre la función del Estado y las garantías ofrecidas a quienes desean usar los bienes bajo dominio público y a quienes ostentan derechos de PI. Este dominio, al igual que la PI, debe su existencia al Estado. Las legislaciones actuales protegen la PI como derecho positivo: la propiedad no tiene su justificación en algún estado natural, sino en las instituciones y la capacidad del

Estado en hacer valer estos derechos. Gracias al Estado los creadores tienen la autorización de ejercer un monopolio temporal sobre su creación. A su término, el Estado tiene la obligación de que estas creaciones puedan ser usadas sin pago o petición de permiso. Así es como el dominio público se expande, por lo que tiene sentido que, en la reducción de los BC al dominio público, Hughes (1988) indique que la PI es un «bien común potencial». Una consecuencia interesante es que el crecimiento del dominio público implica la consolidación de las instituciones que constituyen al Estado y cuyas funciones son el cuidado de los derechos la PI y del acceso a los BC.

En otro sentido, Kleiner (2019) ha hecho evidente que la disputa entre la PI y los BC no siempre se dio en los terrenos del *copyright* sino también en el *anticopyright*. La lucha en contra del *copyright* llama a la violación de las restricciones impuestas a las creaciones intelectuales por parte de creadores y distribuidores, y cuyo control está garantizado por el Estado. Así que otras propiedades insertas en los BC es lo que en conjunto llamaremos «PI en disputa». Su característica más relevante es que su ubicación en este espectro queda definido por el uso y no a partir de lo que permite la legislación vigente. Hay al menos tres tipos de PI: la huérfana, la descatalogada y la abandonada.

La «PI huérfana» es aquella donde la creación intelectual aún no se encuentra en dominio público pero de la cual no se puede localizar al titular de sus derechos. Este fenómeno es recurrente en el caso de los derechos de autor, ya que la extensión de su protección abarca por lo menos cincuenta años para todos los países firmantes del Convenio de Berna (OMPI, 1971), aunque en la práctica la mayoría de

los Estados signatarios han establecido una duración mínima de setenta años o en los casos más extremos, como el mexicano, de cien años. El aumento cuantitativo en la protección de los derechos tiene consecuencias cualitativas ya que una diferencia de veinte o veinticinco años implica la herencia de la titularidad a la generación siguiente. La protección por cincuenta años hace que la titularidad sea transmitida del autor a sus posibles nietos; una protección de setenta años, a los bisnietos y una de cien años a sus tataranietos. La analogía no es fortuita, con el fin de dejar un legado y medio de sustento se justificó la extensión *post mortem* de los derechos de autor (Baldwin, 2014). Al momento de buscar el permiso para la reproducción de la obra es cada vez más común que se desconozca al titular de los derechos. Ante esta limitante, ciertas personas o instituciones proceden a utilizar la obra como si estuviese en dominio público, aunque legalmente sigue siendo un tipo de PI. Hasta hace poco diversos Estados han empezado a solventar este problema al emitir legislaciones que facilitan el uso de obras huérfanas, como es el caso de la Unión Europea, Inglaterra y Australia (Viollier, 2017). Sobre este tipo de obras la European Union Intellectual Property Office (2019) cuenta con una base de datos disponible para su consulta pública.

La «PI descatalogada» consiste en un bien cultural que no está en dominio público y el titular de sus derechos es identificable, pero la obra no se encuentra disponible. En ciertas ocasiones se cuenta con el registro de una obra, pero no hay archivo, biblioteca o comercio que la tenga disponible. Su pertenencia a los BC es de índole negativa: su accesibilidad no está restringida por su costo o ausen-

cia de permiso, sino porque no existe ningún ejemplar a disposición. Este tipo de propiedad está en una zona gris debido a que es imputable si en efecto puede catalogarse como «bien común». Sin embargo, la particularidad de este tipo de creaciones pone en manifiesto que tal vez para los simpatizantes de los BC o de la PI la relevancia de las creaciones intelectuales residen en su valor de uso y no en su valor de cambio. Una de las consecuencias que caben desprenderse es la debilitación del argumento según el cual la PI se justifica para equilibrar el costo de su obtención inicial—como las horas de trabajo o los recursos necesarios— del costo de su reproducción—como el costo marginal para su producción en serie—.

Por último, la «PI abandonada» es una creación intelectual disponible que todavía no forma parte del dominio público pero cuyo titular ha consentido en su uso gratuito, aunque sin ser del todo irrestricto. Esto no implica que el bien no tenga derechos reservados, sino que su creador previamente ha dado permiso para uso no exclusivo. El usuario no pide autorización, sino que el autor emplea algún tipo de mecanismo para que la creación esté bajo disposición pública según ciertos términos. Las licencias de uso son un ejemplo de este tipo de bien común. En un sentido legislativo las obras conservan sus derechos de autor, de patentes, etcétera; no obstante, en la práctica estos derechos casi no son ejercidos. Un área gris de este tipo de PI es la ausencia de legislación que determine si las licencias de uso son a perpetuidad. Esto abre la posibilidad a que con el tiempo el titular de los derechos decida dejar de otorgar licencias de uso y opte por gestionar los derechos de su obra según las reglas de la cesión habitual o por

desantenderse de su mantenimiento. Un ejemplo podría ser un autor que decidió hacer su obra pública y gratuita pero al momento de su muerte el heredero de los derechos cesa de ofrecer esta disponibilidad. Debido a la falta de legislación al respecto, la PI abandonada carece de certeza jurídica en vida del autor y *post mortem* (Zhenya, 2017).

El caso de LibreOffice, una bifurcación de OpenOffice, ejemplifica las restricciones que pueden presentarse en el acceso gratuito a este tipo de PI. OpenOffice es un programa ahora discontinuado que se perfiló como la alternativa abierta a Microsoft Office. Sun Microsystems comenzó su desarrollo pero después esta empresa fue absorbida por Oracle Corporation. Con el paso de los años OpenOffice fue relegado y luego abandonado. La comunidad de programadores que en su tiempo libre ayudaba al proyecto criticó esta negligencia de Oracle hasta que por fin decidió bifurcar el proyecto y crear The Document Foundation—su objetivo es velar por los estándares abiertos en los programas de ofimática—. Oracle fue invitado a formar parte de la fundación y a donar el nombre «OpenOffice». Esta empresa rechazó la oferta e incluso pretendió imponer sus intereses por lo que la comunidad decidió prescindir de su ayuda y, según los términos de licencia, se vio obligada a poner un nuevo nombre a la continuación de este proyecto. Esto dio nacimiento a LibreOffice, la alternativa abierta más estable para *software* de oficina (The Document Foundation, 2010).

Como puede observarse, estos tipos de propiedades no son homogéneos y su categorización es conflictiva. Los BC como consecuencia legal de la dilución de la PI simplifica la flexibilidad y la complejidad del «campo de guerra» en

el que «combaten» los simpatizantes de la PI y los BC. Por otro lado, la insistencia en que los BC son la solución a las dificultades generadas por las legislaciones en pos de la PI, o el punto de partida en común que ha de defenderse del constante engrosamiento de los derechos reservados, no se opone a varios de los consensos entre ambos «bandos».

La constitución de la creación intelectual como propiedad no es un traslado sencillo ni directo. Los problemas desprendidos en la elaboración de este esquema intenta hacer patente que la falta de delimitación de conceptos es un elemento en común para quienes defienden la PI o los BC. La crítica que desvalora la relevancia de la PI por su ambigüedad no ayuda a la resolución del problema sobre quién o qué tiene la autoridad para controlar los modos de producción intelectual. En su lugar, demuestra la necesidad de un ejercicio teórico que busque la comprensión de este problema desde un panorama más amplio.

Los consensos entre ambos «bandos» son en que (1) la creación intelectual es propiedad, que (2) el uso, la disponibilidad y la reproductibilidad son las características más relevantes de este tipo de creaciones y que (3) el terreno en disputa se despliega a través de dos polos: la PI y los BC. Además, sin mención expresa y en detrimento de las intenciones del *copyfarleft*, esta configuración deja el campo abierto para la acumulación de capital al mismo tiempo que sostiene la relevancia de la autoría dentro de la legislación sobre la creación intelectual —sea para su custodia, abandono o donación al «bien común»—.

¿Por qué de una u otra forma la «lógica capitalista» siempre parece beneficiarse de mejor manera —como la prolongación de la explotación laboral perceptible en el

movimiento anti-996, la defensa del libre mercado por parte de varias personalidades de la iniciativa del código abierto o del movimiento a favor de la cultura libre, o la precariedad de las comunidades de *hackers* y activistas en resistencia—? ¿Acaso la transformación o la disolución de la PI es posible a través de una redefinición de lo que implica la autoría? ¿Por qué la autoría y la atribución no está en disputa para ninguno de los «bandos»? ¿Cabe la posibilidad de plantear alternativas que no impliquen o que critiquen los consensos entre ambos «bandos»?



## BIBLIOGRAFÍA

- Anónimo. (2019). La ingeniosa protesta en China contra el sistema de trabajo 996. Recuperado desde <http://alturl.com/9agox>
- Arendt, H. (2003). La esfera privada: la propiedad. En *La condición humana* (1.ª ed., Cap. La esfera privada: la propiedad, pp. 67-72). Paidós. Recuperado desde <http://alturl.com/bfiha>
- Baldwin, P. (2014). *The Copyright Wars*. Princeton University Press. Recuperado desde <http://shorturl.com/3pm59>
- Barron, A. (2012). Kant, Copyright and Communicative Freedom. *Law and Philosophy*, 31(1), 1-48. doi:10.1007/s10982-011-9114-1
- Breakey, H. (2010). Natural Intellectual Property Rights and the Public Domain. *The Modern Law Review*, 73(2), 208-239. Recuperado desde <http://alturl.com/m8t3m>

- Chan, L., Cuplinskas, D., Eisen, M., Friend, F., Genova, Y., Guédon, J.-C., ... Velterop, J. (2002). *Budapest Open Access Initiative, xv aniversario*. Budapest Open Access Initiative. Recuperado desde <http://alturl.com/xk95z>
- Condorcet, M. d. (1776). *Fragments sur la liberté de la presse*. Firmin Didot. Recuperado desde <http://alturl.com/2s5g5>
- Cotter, T. (1997). Pragmatism, Economics, and the Droit Moral. *North Carolina Law Review*, 76(1), 1-96. Recuperado desde <http://alturl.com/ijrpt>
- Crossland, D. (2008). *The Free Font Movement* (University of Reading). Recuperado desde <http://alturl.com/7nbjq>
- Debian, P. (2004). Contrato social de Debian. Recuperado desde <http://alturl.com/57iot>
- Epstein, R. (2009). The Disintegration of Intellectual Property. *Stanford Law Review*, 62, 455-522. Recuperado desde <http://alturl.com/nk9b3>
- European Union Intellectual Property Office. (2019). Orphan Works DB. Recuperado desde <http://alturl.com/gmhuj>
- Fichte, J. G. (1793). *Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*. Haude y Spener. Recuperado desde <http://alturl.com/ezocj>
- Free Software Foundation. (2019). A roundup of recent updates to our licensing materials – November 2018 to June 2019. Recuperado desde <http://alturl.com/rxqyq>
- Hegel, G. W. F. (2005). La propiedad. En *Principios de la filosofía del derecho* (Cap. La propiedad, pp. 125-160).

- Editora y Distribuidora Hispano Americana, S.A. (EDHASA). Recuperado desde <http://alturl.com/0924q>
- Hettinger, E. C. (1989). Justifying Intellectual Property. *Philosophy & Public Affairs*, 18(1), 31-52. Recuperado desde <http://alturl.com/4pmz3>
- Hughes, J. (1988). The Philosophy of Intellectual Property. *Georgetown Law Journal*. Recuperado desde <http://alturl.com/ygugs>
- Kant, I. (1785). *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*. J. E. Biester, F. Gedike. Recuperado desde <http://alturl.com/o2ihn>
- Kant, I. (2005). ¿Qué es un libro? En *La metafísica de las costumbres* (Cap. ¿Qué es un libro?, pp. 114-116). Editorial Tecnos. Recuperado desde <http://alturl.com/ry567>
- Kehr, L. C. (1799). *Vertheidigung des Bücher-Nachdrucks*. Recuperado desde <http://alturl.com/hcsm5>
- Kleiner, D. (2012). Licencia de Producción de Pares. Recuperado desde <http://alturl.com/t4exk>
- Kleiner, D. (2019). *Manifiesto telecomunista*. En Defensa del Software Libre. Recuperado desde <https://shorturl.at/fhjEH>
- Lessig, L. (2005). *Por una cultura libre*. Traficantes de Sueños. Recuperado desde <http://alturl.com/26uai>
- Lessig, L. (2009). *El código 2.0* (F. Cabello, Ed.). Traficantes de Sueños. Recuperado desde <http://alturl.com/ogikv>
- Ley Federal del Derecho de Autor. (1996). Recuperado desde <http://alturl.com/6zghg>
- Locke, J. (2006). De la propiedad. En C. Mellizo (Ed.), *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Cap. De la prop-

- piedad, pp. 32-55). Tecnos. Recuperado desde <http://alturl.com/xebqa>
- Maynard, J. (2010). Pros and cons of the GNU General Public License. Recuperado desde <http://alturl.com/kuiej>
- Moore, A. (2008). Personality-Based, Rule-Utilitarian, and Lockean Justifications of Intellectual Property. En K. E. Himma (Ed.), *The Handbook of Information and Computer Ethics* (Cap. Personality-Based, Rule-Utilitarian, and Lockean Justifications of Intellectual Property, pp. 105-130). John Wiley & Sons, Inc. Recuperado desde <http://alturl.com/verct>
- Moore, A. (2012). A Lockean Theory of Intellectual Property Revisited. *San Diego Law Review*, 50. Recuperado desde <http://alturl.com/ndxyf>
- Moore, A. & Himma, K. (2014). Intellectual Property. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado desde <http://alturl.com/o3da6>
- Moore, S. (2019). Revisiting ‘the 1990s debutante’: Scholarled Publishing and the pre-History of the Open Access Movement. *Humanities Commons*. Recuperado desde <http://alturl.com/z7u8e>
- OMPI. (1971). Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. OMPI, OMPI. Recuperado desde <http://alturl.com/cp7ny>
- OMPI. (2015). *Derechos de autor y derechos conexos*. OMPI. Módulo 1. OMPI. Recuperado desde <http://alturl.com/efumo>
- OMPI. (2019). ¿Qué es la Propiedad Intelectual? OMPI. Recuperado desde <http://alturl.com/xxq77>
- Palmer, T. G. (1990). Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and

- Ideal Objects. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 13(3), 817-865. Recuperado desde <http://alturl.com/6ntxj>
- Proudhon, P. J. (1862). *Les Majorats littéraires*. Office de publicité. Recuperado desde <http://alturl.com/fiubs>
- Proudhon, P. J. (2010). *¿Qué es la propiedad?* Diario Público. Recuperado desde <http://alturl.com/pwhdp>
- Raymond, E. S. (2016). La catedral y el bazar. En *¿Propiedad intelectual? Una recopilación de ensayos críticos* (Cap. La catedral y el bazar). Perro Triste. Recuperado desde <http://alturl.com/gdfbe>
- Schroeder, J. (1998). *The Vestal and the Fasces: Hegel, Lacan, Property, and the Feminine*. University of California Press. Recuperado desde <http://alturl.com/eahew>
- Schroeder, J. (2004). Unnatural Rights: Hegel And Intellectual Property. *Legal Studies Research Paper*. Recuperado desde <http://alturl.com/i2d9j>
- SciELO México. (2019). Acerca de SciELO México. Recuperado desde <http://alturl.com/h39tb>
- Shiffrin, S. V. (2007). Intellectual Property. En *A Companion to Contemporary Political Philosophy* (Cap. Intellectual Property, pp. 653-668). Blackwell. Recuperado desde <http://alturl.com/4qqa5>
- Stallman, R. (2004). *Software libre para una sociedad libre*. Traficantes de Sueños. Recuperado desde <http://alturl.com/sia8a>
- Stallman, R. (2016). El manifiesto de GNU. En *¿Propiedad intelectual? Una recopilación de ensayos críticos* (Cap. El manifiesto de GNU). Perro Triste. Recuperado desde <http://alturl.com/ranhu>

- Stengel, D. (2004). Intellectual Property in Philosophy. *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 90(1), 20-50. Recuperado desde <http://alturl.com/x8k6i>
- The Document Foundation. (2010). OpenOffice.org Community announces The Document Foundation. Recuperado desde <http://alturl.com/ejedx>
- The Linux Foundation. (2019). Members. Recuperado desde <http://alturl.com/6bxjv>
- Viollier, P. (2017). Obras huérfanas: un limbo que no beneficia a nadie. Recuperado desde <http://alturl.com/nwepq>
- Wikipedia. (2019a). Intellectual property. Recuperado desde <http://alturl.com/f6gnb>
- Wikipedia. (2019b). SciELO. Recuperado desde <http://alturl.com/fc9n2>
- Zhenya, N. (2017). Derecho de autor cero: entre el derecho de autor y el dominio público. Recuperado desde <http://alturl.com/k7rxw>
- Zhenya, N. (2019). Licencia Editorial Abierta y Libre. Recuperado desde <http://alturl.com/xa7h3>