

EL CREADOR Y
LO CREADO

(avances)

Ramiro Santa Ana Anguiano

UNAM-FFyL

ADVERTENCIA

Todas las secciones ya fueron revisadas de manera general por Priani. Sin embargo, Priani está revisando de nuevo las secciones 1–6 para pequeñas correcciones y ajustes. Las secciones 7 y 8 se acordó con Priani que tienen que volverse a redactar, por lo cual solo están en el documento para evidencia de que se sigue trabajado. 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: <http://alturl.com/nqyjz>.

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 (J. 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 (J. 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. D. 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. D. 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 le 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. 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. J. L. 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 asimilables pero concebidos para realizar una misma función de ocupación de los objetos: el principal modo

de apropiación en las sociedades capitalistas J. 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 a 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 (Barron, 2012; Breakey, 2010; Epstein, 2009; Hettinger, 1989; Hughes, 1988; A. D. Moore, 2008; Palmer, 1990; J. 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, 2019) 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 el siglo 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 emi-

tido 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 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 2159—.

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 identificarse

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; Hettlinger, 1989; Hughes, 1988; Lessig, 2005; A. D. Moore, 2008; Palmer, 1990; J. 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 BASE EN LA LEGISLACIÓN ESTADUNIDENSE

Para la teoría progresista —mejor conocida como teoría utilitarista, incentivista o consecuencialista (Barron, 2012; Hettinger, 1989; A. D. 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. D. Moore, 2008) al crear objetos benéficos o valiosos

para las comunidades. La PI en este caso se constituiría como un compromiso por parte del Estado con la actividad innovadora privada (Barron, 2012; A. D. Moore, 2008).

Aunque desde un punto de vista empírico esta suposición es difícil de determinar (A. D. 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 crear un ecosistema que permite a todos los hombres 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 menos 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. D. 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 este ecosistema (Barron, 2012).

Sin importar sus efectos, la teoría progresista está en el fondo en 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.

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, etcétera.

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 di-

versas 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, UN POCO DE HUMBOLT Y KANT, Y ¿MÁS HEGEL?

Hughes (1988), J. 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; J. Schroeder, 2004; Shiffrin, 2007; Stengel, 2004) o «continental» (A. D. Moore, 2008; J. 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 ha notado J. L. Schroeder (1998), muchos de los teóricos lo han usado de manera he-

terodoxa —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).

J. L. 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 (J. Schroeder, 2004). Si bien Hegel parte y comparte muchos presupuestos liberales, este los lleva a sus últimas consecuencias lógicas (J. Schroeder, 2004). Un punto de partida para entender su teoría de la propiedad es considerar que para él no hay derechos naturales (J. Schroeder, 2004). La «naturaleza» no es libre y el derecho permite un medio para actualizar la libertad (J. Schroeder, 2004). Es decir, su teoría surgió cuando ya no fue satisfactoria la explicación de la propiedad mediante el derecho natural (J. Schroeder, 2004). Esto implica que desde un comienzo para Hegel la libertad y la voluntad se dan en un contexto social (J. 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. D. Moore, 2008). La libertad no está dada, tiene que hacerse. ¿Cómo,

pues, cabe la posibilidad de elaborarla? A través de la propiedad (A. D. 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 (J. 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 (J. Schroeder, 2004). En su lugar, esta es el primer paso para la actualización de la libertad a partir de relaciones intersubjetivas (J. Schroeder, 2004). La propiedad requiere de otros, principalmente de su reconocimiento: es un principio abstracto de individuación (J. Schroeder, 2004). ¿Por qué la propiedad es abstracta y no un objeto concreto como una cosa, un derecho o un sistema? J. Schroeder (2004) es muy enfática en señalar que un error común entre sus compañeros es pensar que Hegel concibe a la propiedad como ellos —y la tradición liberal anglosajona de la que forman parte— la perciben. Acorde a esta autora, Hegel ve a la propiedad como un momento inicial entre lo que ella denomina «sujeto legal» y la ciudadanía (J. 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 (J. Schroeder, 2004). Con esto J. 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 obede-

cer las leyes (J. Schroeder, 2004). Su constitución es formal y abstracta: es solo la base para la gestación de la personalidad (J. Schroeder, 2004). Su dialéctica y concreción avanzan a través de las relaciones de propiedad (J. 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 (J. 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 (J. 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 (J. Schroeder, 2004).

La propiedad entonces tendría tres elementos funcionales. Como *posesión* ayuda a identificar a un objeto con un sujeto (J. 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 (J. Schroeder, 2004). Como *alienación* el sujeto evita depender del objeto (J. 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 (J. 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 característica lógica no es aislada sino que forma parte del sistema hegeliano. J. Schroeder (2004) es muy enfática en este punto ya que tiene unas consecuencias indesadas para sus compañeros. Para Hegel cada ciudadano precisa de un mínimo de propiedad para actualizar su libertad (J. Schroeder, 2004). Es decir, el desarrollo de la personalidad implica una esfera de propiedad (J. 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 (J. Schroeder, 2004). Con esta garantía la PI sin dificultades puede localizarse dentro de la propiedad en general (J. 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 (J. 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 (J. 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 (J. 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. Para Palmer (1990) existen otros dos. Uno sería Humboldt ya que hace énfasis al desarrollo del potencial humano (Palmer, 1990). Pese a ello, entre los teóricos de la PI revisados solo Palmer hace mención de este personaje y sin elaborar el camino en como este puede asistir a la teoría personalista. El otro autor que menciona es Kant (Palmer, 1990).

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 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 «On the Wrongfulness of Unauthorized Publication of Books» 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 los autores 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 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 de un discurso no pasó desapercibido. Josef Kohler, jurista alemán, vio un nexo entre los derechos de autor kantianos y la teoría de la propiedad hegeliana (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 (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 (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 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 muchos teóricos —como Palmer (1990) o J. 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 (A. D. Moore, 2012). 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 propiedad queda así justificada mediante la labor (Shiffrin, 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. D. 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. D. Moore, 2012; Palmer, 1990). En un *micronivel* 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. D. Moore, 2012). Con Locke está patente el supuesto liberal anglosajón donde el individuo precede a la sociedad (J. Schroeder, 2004) o al menos no la requiere para el surgimiento del derecho positivo.

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

lios, (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 y el traslado del derecho natural al derecho positivo (Stengel, 2004).

Una de los problemas proviene en lo que se conoce como «primera ocupación» (J. 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. D. Moore, 2012).

Hughes (1988) y A. D. 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. Además 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» sería 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. D. Moore, 2012). No obstante, si la «vida» de una idea depende tanto de su contexto como de su soporte, se vuelve relevante el desperdicio de una idea en un contexto de derechos de PI. Estos limitan de manera artificial las posibilidades de «vida» de una idea y, por ende, del beneficio que puede obtenerse para otros o en 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. D. Moore, 2012), estos suponen un valor intrínseco a la labor realizada por un sujeto (Hettinger, 1989). Esta manera de valorar a la propiedad pierde de vista que existen muchos factores externos que afectan a el 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. J. 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 creación del hombre (J. 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. D. 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 para criticar el 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, aunque también puede funcionar para establecer la abolición de la propiedad —el objetivo que Proudhon persigue a lo largo de su 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. O por lo menos le da mucho mayor peso a la propiedad pública o a los bienes comunes.

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. J. 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. Shif-

frin (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. D. 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 que tiene el familiar incómodo de la PI para su fundamentación.

7

EL FAMILIAR INCÓMODO: LOS BIENES COMUNES

Los teóricos que buscan constituir una teoría de la PI simpatizan en que esta tiene fundamento, solo es de encontrarlo. Los matices van desde la conformidad de la PI con la propiedad en general a la divergencia entre una y otra. Esta dinámica no es del todo comprensible si se deja de lado a aquellos, que como ellos, indagan sobre la pertinencia de la PI para el quehacer cultural. A diferencia de estos teóricos, esta otra vertiente percibe a la PI en un sentido negativo. Aquí el fundamento de la PI e incluso de la propiedad en general está en disputa.

Esta ala apuesta por los «bienes comunes» (BC). Pero ¿qué son? Una respuesta tentativa es que se trata de un ecosistema donde las creaciones intelectuales están disponibles públicamente @. Este no está dado ni es evidente,

sino que brota a través del reconocimiento entre creadores o a partir de entidades públicas de gestión de derechos. A diferencia de la PI, en los BC se supone que existe la libertad de uso, modificación, difusión y adaptación de las creaciones culturales sin necesidad de solicitar la autorización del autor o de realizar un pago.

La definición es vaga. Tal como la PI, los BC sirven de término aglutinante de diversas clases de creaciones intelectuales a las que *no se aplican* los mecanismos tradicionales de la PI. Una primera clase es el dominio público. Las creaciones disponibles en este dominio son aquellas que, una vez vencido el lapso de apropiación de alguna PI, pasan a este otro espacio donde «pueden ser libremente utilizadas por cualquier persona» @. La gran mayoría de las obras dentro de los BC forman parte de esta clase, hasta el punto en el que «dominio público» se emplea como sinónimo de «bienes comunes». Los mecanismos de la PI no aplican a estas creaciones por el simple motivo de que su periodo de monopolio artificial ha caducado. Cabe resaltar que el dominio público no es una cuestión «natural» o solo social sino que se constituye a partir de los derechos y sistemas de la PI, como diversas leyes, tratados o convenios pueden avalarlo @. Por este motivo, el dominio público no es solo una cuestión de voluntad personal o colectiva: su misma base fundacional y funcional requiere de un estado de derecho. De lo contrario, no existe mecanismo jurídico o judicial que vele por su conservación y aplicación. El nexo entre el dominio público y la PI reside en que, al expirarse los derechos, la PI se traslada al «banco de ideas» @ que representa el dominio público. Es decir, en este enfoque la PI es «bien común potencial» cuya actualidad se

realiza cuando el monopolio caduca @.

Otra de las grandes clases dentro de los BC es la propiedad pública. En este sentido se trata de creaciones transmutadas en propiedad que no le pertenecen a ninguna entidad privada. La propiedad pública tiende a estar bajo el resguardo gubernamental aunque en varias ocasiones su gestión es mantenida por organismos autónomos o comunidades. En otras ocasiones su divulgación es tan frecuente y de amplio uso que se vuelve innecesario erigir instituciones u organizaciones. Este tipo de propiedad está a disposición de todo el público. Se puede utilizar libremente, como el dominio público. Sin embargo, por su interés público, tienen un estado de excepción de los mecanismos tradicionales de la PI @. De manera general hay dos tipos de «ideas» que no pueden ser PI —y que por ello no pueden formar parte del dominio público, aunque sí de los BC—. Unas son las ideas comunes, tan generales que su monopolio es poco útil @. Las ideas de una historia ambientada en el medievo, de un vehículo eléctrico, de un logotipo que tenga los colores de la bandera, de una botella con terminado mate o de la receta para hacer tortillas son tan frecuentes que por pragmatismo es menos problemático que nadie sea su dueño. Esto no impide que puedan ser sujetas a PI; no obstante, para ello requieren cierto grado de innovación @. El otro tipo son las ideas extraordinarias, aquellas tan relevantes para el funcionamiento del mundo que su monopolio implica una amenaza directa al ecosistema cultural @. Estas ideas pueden consistir en descubrimientos acerca del mundo o en mecanismos que permiten su sustento @. El teorema de Pitágoras o la teoría electromagnética son ejemplos de creaciones que muestran

más sobre el mundo. Las columnas o la rueda, por su parte, han sido pilares fundamentales para lo que conocemos como «civilización» @. Además del estado de excepción de la propiedad pública hay otras dos maneras de intentar distinguirla del dominio público. En la primera rara vez se requiere la atribución a un creador; en el último existe la restricción de rendir cierto respeto a la autoría —como el caso de los derechos morales—. O bien, se puede decir que en la propiedad pública es de todos, mientras que el dominio público ya no le pertenece a nadie.

Existe una última clase en la que se conglomeran varias vertientes pero con un mismo sentido. Se trata de la «PI renegada», esa clase de creaciones intelectuales que, aunque en un ámbito legislativo son consideradas PI, sus creadores o contexto impiden el funcionamiento de los mecanismos tradicionales de la PI. Existen tres grandes grupos. Por un lado está la «PI huérfana», aquella que se conoce su fecha de creación pero se desconoce su creador. Luego se encuentra la «PI descatalogada», la cual tiene identificados su fecha de concepción y su creador, pero —a diferencia de la primera— no se encuentra disponible. El último grupo comprende la «PI abandonada» mediante la cual su creador de manera voluntaria permite su libre uso, por lo general para hacer explícita su postura política ante la concepción estándar de la PI. Estos grupos pueden relacionarse; por ejemplo, es posible una PI que sea huérfana al mismo tiempo que descatalogada; o bien, otra que esté descatalogada y abandonada. Cabe resaltar que esta clase es de creación reciente, inducida principalmente por el «robustecimiento» de las actuales leyes de PI. El incremento en los periodos de monopolio artificial ha provocado

que cada vez sea más difícil localizar creaciones o creadores @. Además, para frenar el «expansionismo» de la PI varias personas han lanzado iniciativas en pos de una producción comunal cuya gestación y gestión se vuelve una cuestión de política comunitaria en lugar del individualismo legalista que supone la realidad actual de la PI.

Los referentes más recientes de esta ola de defensores de los bienes comunes son Richard Stallman y Lawrence Lessig. A mediados de los ochenta, un joven programador llamado Stallman observó junto con otros compañeros cómo las empresas tecnológicas estaban acaparando el código que escribían @. Esto suponía un peligro al ambiente «libre» en el que llevaban a cabo su trabajo @. Por este motivo, a mediados de esa década publicó *El manifiesto GNU* con lo cual se fundaba el movimiento del *software* libre. La «libertad» se establece a partir de una «Regla de Oro» o «ética kantiana» la cual «me exige que si me gusta un programa, lo debo compartir con otras personas a quienes también les guste» @. Se trata de una reelaboración del imperativo categórico que en este contexto se concretaba en cuatro libertades: de ejecución, de estudio, de distribución y de modificación. Para que estas sean satisfechas el usuario debe contar con el producto final —los archivos ejecutables también conocidos como código máquina— junto con todo lo que sirvió para su elaboración —el código fuente—. Con el fin de que esta iniciativa social y política también tuviera un respaldo jurídico, se creó la licencia GPL. De esta manera se constituyen las licencias de uso las cuales *no se oponen* a la PI; en su lugar, la flexibilizan al permitir un modo de gestión poco convencional.

El énfasis en la «libertad» y a una «ética kantiana» pro-

vocó más de un roce. Algunos integrantes del movimiento sostenían que su empleo era irrelevante o arriesgado. Si al final lo que se buscaba era una comunidad en donde el código fuese accesible, ¿para qué endosar este objetivo a cuestiones éticas? Estas preocupaciones fueron discutidas y no se pudo llegar a un acuerdo. En 1997 Eric S. Raymond publicaría el ensayo «La catedral y el bazar». Este texto haría patente una ruptura que se había estado cuajando durante unos años. Del movimiento del *software* libre se bifurcaría la iniciativa del código abierto. Sin más lastre ético, esta iniciativa empezaba a operar de manera autónoma. Desde sus comienzos y en la actualidad ambas vertientes tienden a trabajar sin dificultades; son contados los casos en los que la práctica se torne incompatible.

Esta efervescencia dentro del desarrollo tecnológico no pasaría por alto. A principios del nuevo milenio un abogado y académico de la Universidad de Standford propondría un desplazamiento a la cultura más «abierta». A partir de las influencias del movimiento del *software* libre, Lessig extrapolaría y generalizaría su estructura para constituir lo que ahora se conoce por «cultura libre». Este tipo de gestación cultural también pretende la creación de comunidades donde el material esté disponible. Los creadores permitirían el uso de sus obras sin recurrir a los mecanismos tradicionales de la PI. Los usuarios tendrían derechos a modificarlas, distribuirlas, estudiarlas o ejecutarlas sin un permiso explícito del creador. Para garantizar su gestión, Lessig y otros elaborarían las licencias de uso Creative Commons, para que los creadores tengan certidumbre jurídica ante esta voluntaria flexibilización de los derechos de uso de sus creaciones. A la par, dentro de la creación acadé-

mica surgiría la iniciativa del acceso abierto. En principio esta iniciativa pretende que la investigación esté disponibles gratuitamente en internet, como puede leerse en el «Budapest Open Access Initiative» @.

Como se observa, para esta ala estas últimas décadas han sido de agitación. Aquí solo hay una breve narración. Un estudio histórico tendido todavía es necesario. No obstante, es posible observar que varios proponentes de los BC tienden a percibirse desde un linaje distinto al de la PI. Este imaginario ha creado la acuñación de términos como el de «*copyleft*», que supone una postura contrapuesta al *copyright*. Los BC distan mucho de ser homogéneos. Se hace evidente en neologismos como «*copyfarleft*» —una vertiente radical y crítica del *copyleft*— o «*copyfight*» —una conflagración abierta en contra del *copyright*, por lo general a través de la piratería—, o con la popularización de la coletilla de «radical». Esto refleja una polarización entre dos vertientes: los BC y la PI.

8

¿PELEA POR LA HERENCIA?

Teóricas como Barron han manifestado que la PI y los BC son dos momentos en una misma estructura orientada a garantizar la libertad de autoría para todos @. Otros como Moore han prestado más atención al traslado entre una y otros al manifestar que los BC —así como el «estado de naturaleza»— son estadios morales ha ser cambiados formalmente mediante relaciones de propiedad @. Hughes prefiere denotar sus similitudes ver a la PI como un bien común potencial @. Unos más como Epstein concluyen que no hay manera de ir en contra del dominio público @.

Sin embargo, del parentesco no se deriva la fraternidad. Incluso de manera jocosa podría declararse que en varios de los casos las riñas más intestinas se dan entre familiares. Durante la velada entre consanguíneos arriba ese pariente dispuesto a la trifulca. Para los BC, la PI ha puesto en peligro el ecosistema cultural al haber concebido

a los «anticomunes». Cuando los derechos exclusivos son tantos y pertenecen a un sin fin de entidades, los costos para la alienación de la PI se elevan hasta hacerla prohibitiva @. Los anticomunes se engendrarían a partir de las actuales legislaciones de la PI y su constante tendencia a la «expansión», «robustecimiento» o «engrosamiento». No es que la PI mute en un perpetuo monopolio, sino que el precio para su acceso, uso y disfrute está fuera del alcance para la mayoría de la población. El acceso a la cultura sufre de una fisura en las que el poder adquisitivo condiciona al libre tránsito. En este sentido, pese a su legalidad, la PI se opone a los BC.

La riña posee dos tendencias. En un sentido débil, algunos simpatizantes de los BC critican las actuales legislaciones de la PI y su inclinación «imperialista», pero no la niegan @. Al contrario, proponen otros mecanismos similares pero más flexibles para la gestión de derechos @. Esta vertiente puede identificarse en personajes como Raymond o Lessig @, o en políticas públicas en pos del acceso abierto, como la llevada a cabo por SciELO @. En un sentido fuerte hay quienes critican y rechazan cualquier tipo de PI. Esta tendencia es común entre colectivos de izquierda —anarquistas, socialistas, comunistas, etcétera—.

La PI surge de los BC para luego retornar. La necesidad de instituciones jurídicas y judiciales para velar por la PI hace patente su artificialidad, cuyo sustrato se deriva de los BC. Pese a esta interdependencia, se declara una guerra de desgaste. Ambos bandos dilapidan sus recursos sin poder visualizar un desenlace. Una hecatombe donde, sin importar el resultado, los sistemas hegemónicos en la economía y la política obtendrán una balanza positiva. Si los

monopolios se terminan por imponer, la acumulación de capital se llevará a cabo desde redes nítidas de transferencia de la riqueza. Si la correctud política apoya la flexibilización, se abrirá la puerta para nuevas bonanzas económicas cuyo fundamento yace en la apertura de la información. Estos sistemas quedan sin cuestión e incluso terminan por reforzarse.

En la crítica a la PI o a la propiedad privada existe la predisposición a pasar por alto la crítica a los BC. En el caso más extremo incluso se considera que la apuesta por este tipo de bienes es la panacea ante el embate cada vez mayor y más complejo de los sistemas de PI. Como consecuencia se pierde de vista que esta cruzada tiene objetivos paradójicos.

Los defensores de los BC apuestan por la apertura de la información. Sin embargo, no existe consenso sobre el grado o las medidas para llevarla a cabo. Si la apertura es parcial se explicitaría una relación y dependencia recíproca entre la PI y los BC. El conflicto sería una tensión entre dos polos mediado por un espectro de posiciones que se inclinan hacia uno u otro extremo. Si en su lugar se busca una completa apertura de la información, existe la exigencia de hacer público los registros médicos o bancarios y demás información privada —fotografías, documentos, mensajería, etcétera—. De manera general implica la dilución de la esfera privada. De modo particular se traduce en la posibilidad de que otras entidades usen la información personal sin necesidad de autorización. En el estado actual de las cosas esto genera el peligro de un uso indebido o perjudicial, ya que se puede emplear para un sin fin de intereses económicos, políticos o militares.

Los simpatizantes de la apertura de la información tienden a apoyar los derechos de privacidad @. Esto hace pensar que el supuesto conflicto no descansa sobre el interés de una total apertura, sino solo de aquellos elementos que se consideran de interés público. Una llana negación de la propiedad se vuelve incompatible con el objetivo de establecer un reino de los BC. Desde una postura débil la propiedad está implicada. En un sentido fuerte los BC están obligados a proponer un nuevo ecosistema cultural que con probabilidad será incompatible con los sistemas económicos y políticos que privilegian a la propiedad. De no darse ningún caso, el triunfo de los BC sería una victoria pírrica.

Hasta este punto, el supuesto conflicto parece sugerir que la PI ha sido un chivo expiatorio. Se reconocen los síntomas de un malestar en la cultura. En la indagación por una respuesta la PI encaja con cierta evidencia que la hace culpable. Sin embargo, la prueba de mayor peso es la tensión que genera su «expansionismo» y no a esta por sí sola. Si entre simpatizantes de ambos bandos se reconoce la importancia del ecosistema generado en la dinámica de la PI y los BC, ¿por qué se concibe un conflicto entre ellos? ¿No será una disputa de componentes que influyen en su formación y que terminan por afectar a nuestra herencia cultural?

BIBLIOGRAFÍA

- Arendt, H. (2003). La esfera privada: la propiedad. En *La condición humana* (1.ª ed., pp. 67-72). Paidós. Recuperado desde <http://alturl.com/bfiha>
- 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>
- Cotter, T. (1997). Pragmatism, Economics, and the Droit Moral. *North Carolina Law Review*, 76(1), 1-96. Recuperado desde <http://alturl.com/ijrpt>
- Epstein, R. (2009). The Disintegration of Intellectual Property. *Stanford Law Review*, 62, 455-522. Recuperado desde <http://alturl.com/nk9b3>
- Hegel, G. W. F. (2005). 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/o924q>
- 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. (2005). *La metafísica de las costumbres*. Editorial Tecnos. Recuperado desde <http://alturl.com/ry567>
- Lessig, L. (2005). *Por una cultura libre*. Traficantes de Sueños. Recuperado desde <http://alturl.com/26uai>
- Ley Federal del Derecho de Autor. (1996). Recuperado desde <http://alturl.com/6zghg>
- Locke, J. (2006). Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. En C. Mellizo (Ed.), (Cap. De la propiedad, pp. 32-55). Tecnos. Recuperado desde <http://alturl.com/xebqa>
- Moore, A. D. (2008). The Handbook of Information and Computer Ethics. En K. E. Himma (Ed.), (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. D. (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>
- 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. (2010). *¿Qué es la propiedad?* Diario Público. Recuperado desde <http://alturl.com/pwhdp>
- Schroeder, J. (2004). Unnatural Rights: Hegel And Intellectual Property. *Legal Studies Research Paper*. Recuperado desde <http://alturl.com/i2d9j>
- Schroeder, J. L. (1998). *The Vestal and the Fasces: Hegel, Lacan, Property, and the Feminine*. University of California Press. Recuperado desde <http://alturl.com/eahew>
- Shiffrin, S. V. (2007). 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>
- 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>
- Wikipedia. (2019). Intellectual property. Recuperado desde <http://alturl.com/f6gnb>