

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA FILOSOFÍA*

DANIEL STENGEL

ABSTRACT

El artículo trata del concepto de propiedad intelectual y sus fundamentos en las diversas teorías filosóficas. En primer lugar, el autor hace un breve panorama histórico del desarrollo de la propiedad intelectual, y ubica sus raíces ya en la sociedad prehistórica. Luego sigue el examen de las características actuales de la propiedad intelectual, en oposición a la propiedad “regular”. En la segunda parte, el artículo analiza las teorías de LOCKE, KANT, HEGEL, SERVAN y FOUCAULT para explicar la propiedad intelectual, y luego se da una discusión acerca de cuales características de estas teorías se reflejan en la legislación actual sobre propiedad intelectual.

I. INTRODUCCIÓN

“Propiedad intelectual” es un término del siglo xx. En su sentido actual, abarca cuatro ámbitos del derecho: marca comercial, patente, derechos de autor y secretos industriales¹. Sin embargo, el concepto de propiedad intelectual es muy conocido en la historia. La protección de la creación intelectual tiene raíces (muy antiguas atrás en la historia), pero sólo a

partir de los siglos xvi y xvii, encontramos las primeras referencias, privilegios y sobre leyes escritas sobre propiedad intelectual, primero en Inglaterra (derechos de autor) y Venecia (patentes). Estas leyes y privilegios no fueron introducidos para asegurar los derechos de propiedad de inventores, editores o autores, sino más bien como un instrumento de control sobre el bien intelectual particular y la industria editorial. Sin embargo, era necesario el desarrollo de una teoría de la propiedad intelectual. Este escrito se concentra en el trabajo de LOCKE, KANT, ERVAN, HEGEL y FOUCAULT para examinar cuáles de las características de sus teorías se reflejan en el derecho actual de la propiedad intelectual.

I. PROPIEDAD INTELECTUAL.

PARTE DE LA HISTORIA DEL HOMBRE

La reseña histórica muestra cómo la propiedad intelectual ha sido parte integral de la sociedad, desde la formación temprana de las comunidades. Antes de la introducción de las patentes, los derechos de autor, las marcas y los signos distintivos eran protegidos por reglas morales y doctrinas religiosas. Un signo distintivo es una marca que tiene primordialmente la función de

* Traducción del inglés de PAOLA SPADA.

1. Cada área es bien distinta de las demás. En particular, la protección a los secretos industriales no está incluido en las teorías de la propiedad.

diferenciar, así como la función de identificar. Probablemente, los primeros signos protegidos eran tribales, señalaban la tribu a la que alguien pertenecía. Otra tribu no podía adaptarlos sin que perdieran sus funciones específicas y por ende sus características definidas. Los signos y sus funciones permitían al portador establecer relaciones específicas en un contexto social². Algunos signos tribales se tornaron trabajo de artistas o sacerdotes y, por motivos de poder, de interés financiero o religioso, alguien pudo haber reclamado el hecho de ser el único con permiso para reproducir un signo o una pintura. Incluso sin conocer el significado de un signo, alguien podría deducir por lo menos que se trata de algo desconocido. Hay diversos ejemplos que muestran que las culturas antiguas conocían el concepto de protección a la propiedad intelectual, basada en intereses estructurales o religiosos³. Por ejemplo, en Ghana, el monarca era el custodio de los derechos de autor para cualquier nuevo diseño de tela⁴.

Las marcas comerciales son los sucesores comerciales de los signos distintivos. Ya durante el Imperio Romano, las marcas comerciales eran falsificadas⁵. Vale la pena enfatizar que los signos distintivos no funcionan sólo en un contexto económico, sino en cualquier contexto donde la dis-

tinción y la identificación son de interés. Por ejemplo, las marcas religiosas de la cruz y la media luna son comparables a marcas comerciales de una religión específica. Tanto las funciones como la identificación y diferenciación son esenciales para la simbología religiosa. Hoy en día, las marcas comerciales de cualquier tipo son protegidas siempre y cuando cumplan con unos requisitos formales específicos⁶.

La historia de los derechos de autor es ligeramente diferente de la historia de las marcas comerciales. Algunos autores coinciden en los secretos religiosos, por ejemplo, cantos y rituales, como el primer bien objeto de propiedad intelectual⁷. Aunque estos secretos pertenecían a un grupo específico, con el que se identificaban, no se hacían públicos a causa de la misma naturaleza del secreto. La característica típica de la propiedad intelectual es que la información se comparte con el público, pero el propietario no pierde sus derechos sobre la información. La propiedad intelectual encuentra sus raíces en el momento, en que un tercero toma consciencia de la información, pero no la utiliza, porque reconoce los derechos de alguien más sobre la información. En este sentido de reconocimiento, la protección para bienes artísticos como las tragedias, puede encontrarse en la sociedad de la Grecia antigua.

2. JEREMY RIFKIN. *The Age of Access*, 2000, p. 77. Se preocupa esencialmente por las marcas comerciales.

3. Para ulteriores referencias, cfr. H. ZIFF BRUCE y V. RAO PRATIMA. *Borrowed Power: Essays on Cultural Appropriation*, 1997.

4. IDA MADIEHA AZMI, SPYROS MANIATIS y BANKOLE SODIPO. "Distinctive Signs of Early Markets: Europe, Africa and Islam", en *The Prehistory and Development of Intellectual Property Systems*, ed. Alison Firth, 1997, 149.

5. Loc. cit., 134.

6. Hoy en día, una marca comercial ya no es algo como un escudo. Puede ser un olor, un color, una frase entera; incluso la ingeniería de sonido es una marca comercial. Cualquier cosa que ayude a identificar a algo con una fuente específica parece que puede ser evaluada como una posible marca. Acerca de signos distintivos, cfr. loc. cit., 125 ss.

7. RICHARD WINCOR. *From Ritual to Royalties: An Anatomy of Literary Property*, 1962, 27 s. En especial se refiere a los cantos y rituales de los druidos.

Aún cuando no existían leyes escritas para prevenir el plagio, éste era condenado por las normas éticas de la sociedad. El desarrollo de los derechos de autor en la música pueden hacerse remontar al siglo XIV⁸. Un paso importante fue la introducción de leyes escritas que definían y disciplinaban la producción intelectual. De crucial importancia para los derechos de autor fue la invención de la imprenta. Después de esta invención, el costo del copiado se redujo e hizo que la introducción y observancia de la leyes del derecho de autor fuese cada vez más necesaria. A finales del siglo XVIII, fue adoptada la introducción de los derechos de autor así como se conocen hoy en día.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Antes de analizar los orígenes filosóficos de la propiedad intelectual, debemos examinar e ilustrar las características actuales de la propiedad intelectual como hoy en día se entienden. Las características esenciales que encontramos son los elementos que debemos procurar en los discursos filosóficos. Además, los puntos siguientes demuestran que una teoría general de la propiedad, que no hace diferencia entre propiedad normal y propiedad intelectual, difícilmente podría explicar la existencia de ésta última.

A. ASPECTOS ECONÓMICOS

El argumento utilitarista para la propiedad intelectual se fundamenta en los diversos efectos de la propiedad sobre producciones intelectuales. En el siglo XVIII se observó la importancia de la propiedad literaria para el progreso de la ciencia y de la literatura⁹. La afirmación que sin propiedad intelectual no es posible el progreso técnico ni una economía de trabajo, fue formulada por primera vez por SCHUMPETER¹⁰. Un aspecto macroeconómico de la propiedad intelectual es que la confianza en la validez de las marcas comerciales es un factor crucial para una economía fuerte¹¹.

Muchos aspectos financieros de la propiedad intelectual también tienen sus raíces en el utilitarismo. El aspecto financiero de la propiedad intelectual primero es visto como un incentivo a escribir o desarrollar algo que es beneficioso para la sociedad¹². En segundo lugar, el autor o inventor también debería ser premiado por su empresa. Mientras que el incentivo tiene efecto antes del proceso de creación, el premio se da después de la creación, porque el inventor añadió algo valioso para la sociedad. La tercera función financiera de la legislación sobre propiedad intelectual es compensar al inventor o autor. Éste recibe compensación no solamente por su inversión de tiempo y dinero, sino primordialmente por la publicación de

8. HANSJÖRG POHLMANN. *Die Frühgeschichte des musikalischen Urheberrechts, ca. 1400-1800; Neue Materialien zur Entwicklung des Urheberrechtsbewusstseins der Komponisten*, 1962, 36.

9. FRANCIS HARGRAVE. *An Argument in Defense of Literary Property*, 1774; reimpresión en STEPHEN PARKS. *John Dunton and the English Book Trade: A Study of His Career with a Checklist of His Publications*, 1976.

10. WILLIAM KINGSTON. *Innovation, Creativity and Law*, 1990, 10.

11. FRANCIS FUKUYAMA. *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, 1995.

12. Por supuesto, los incentivos para un autor son demasiado complejos para afirmar que sin dinero no se podría crear nada.

su trabajo. La sociedad recompensa a un creador cuando comparte su idea con el público. Sin estos pagos hechos con base en patentes y derechos de autor, los innovadores se volcarían hacia sistemas alternativos, tales como los secretos industriales. La sociedad perdería si se aplicaran estos sistemas alternativos¹³.

B. DIMENSIONES ÉTICAS

Además de los aspectos económicos y financieros, hay muchos aspectos éticos relacionados con la propiedad intelectual. Unos derechos fuertes a la propiedad intelectual pueden acrecentar el interés de las compañías y de los individuos a invertir en investigación y desarrollo, pero limitarían el amplio uso de la información. La propiedad intelectual nunca ha sido incontrovertible; ya en el siglo XVIII, se le decía “el monopolio más odioso”¹⁴. El poder de los derechos de autor se puede ver en la vida cultural moderna. Cada vez más, la cultura parece darse a través de los medios de comunicación masiva, vigilados y controlados por los propietarios de los derechos o sus representantes¹⁵. El acceso al conocimiento podría tornarse un privilegio de los pudientes. Los propietarios de los derechos de autor podrían incluso determinar el desarrollo cultural.

Por ende, podemos formular un argumento al decir que la propiedad intelectual misma podría amenazar el desarrollo de

la sociedad. Deberíamos decir entonces que toda la propiedad intelectual carece de ética, dado el supuesto que la oratoria, la tragedia y la música fueron elementos cruciales para la experiencia humana de todos los tiempos¹⁶. Por consiguiente, todos los seres humanos deberían compartir esos elementos (que pertenecen a todos) y no debería permitirse que cada uno los conserve para sí mismo. Un argumento similar puede construirse para las patentes.

La dimensión ética de la propiedad intelectual se hace más clara cuando se resalta que las patentes son monopolios. Aquellos que comenzaron a utilizar la palabra “propiedad” en conexión con los inventos, parecieran tener un propósito muy claro en mente. Ellos querían sustituir una palabra con una connotación respetable—propiedad— con una palabra que tenía una connotación desagradable—privilegio o monopolio—¹⁷. Cuando examinamos los orígenes de la propiedad intelectual, debemos mirar más allá de esos problemas de palabras y debemos concentrarnos en el equilibrio entre efectos positivos y negativos de los monopolios en un contexto cultural.

Sin embargo, actualmente los asuntos éticos más difíciles se refieren al ámbito de la patente y los derechos de autor sobre el genoma humano y animal. Hoy en día, discutimos las patentes en el mapa genético de los animales; por ejemplo, las ratas de laboratorio patentadas son un negocio

13. MEGAN RICHARDSON, J. GANS, F. HANKS y P. WILLIAMS. *The Benefits and Costs of Copyright: An Economic Perspective – Discussion Paper Prepared for the Centre for Copyright Studies Ltd.*, 2000, 9.

14. De acuerdo con HARGRAVE (nota 9), 3. En esa época, el monopolio sobre un texto escrito o sobre un artefacto mecánico se llamó “derecho de autor” o “patente”.

15. RIFKIN (nota 2), 139.

16. Loc. cit., 140.

17. TOM G. PALMER. “Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 13 (1990), 821.

en expansión, gracias a los derechos de patente. Deberíamos ser conscientes del hecho de que éste es tan sólo el inicio de los retos éticos. Un día un científico podría incluso reclamar el derecho de autor sobre un mapa genético de un humano. Estas últimas inquietudes no están al alcance de una teoría meramente de propiedad intelectual.

C. DIFERENCIAS ENTRE PROPIEDAD Y PROPIEDAD INTELECTUAL

“La información es diferente”¹⁸. En el examen de los orígenes filosóficos de la propiedad intelectual, la diferencia fundamental entre propiedad regular y propiedad intelectual es otro aspecto. Para tratar el tema de cómo la “producción mental” deberían tornarse objetos de propiedad y derecho, es necesario focalizar en su naturaleza fundamental. Para el caso de una teoría general de la propiedad, esos aspectos deben ser tomados en consideración. Si no se puede aplicar una teoría de la propiedad a causa de diferencias ontológicas, la teoría no podrá explicar la propiedad intelectual.

En primer lugar, la propiedad intelectual concierne a objetos abstractos, mientras que la propiedad tradicional por lo general atañe a objetos tangibles. Algunos podrían objetar, argumentando que, de hecho, todos los derechos son objetos abstractos, lo que es verdadero hasta cierto punto. Por ejemplo, una deuda es mera ficción, incluso el derecho a la propiedad es la ficción de una relación. Sin embargo, el objeto al que se refiere es un objeto distinto. El objeto de la propiedad intelectual siempre es abstracto; no es el texto concreto,

sino su contenido. En cambio, una casa es un objeto muy sólido. Aunque el crédito sea una ficción legal, se relaciona con algo “real”. Nosotros tutelamos la deuda o un crédito porque representa algo que podríamos materialmente intercambiar. El objeto abstracto en el mundo de la propiedad intelectual no se relaciona con nada real; existe por sí solo porque es un autoreferenciado. Es tan sólo la información lo que se protege y no podemos sustituirla con nada del mundo “real”.

Algo tangible, por ejemplo un objeto concreto, puede nacer al final del proceso de producción intelectual, cuando, de acuerdo con su inventor o autor, la finalización de toda la información relevante y las ideas permiten que tome cuerpo. Esto podría ser la personificación de una idea para patente, o la idea para una obra de arte que será pintada¹⁹. La propiedad intelectual no debe necesariamente nacer en el mundo como un *hardware*. Se puede escribir una pieza musical sin que las notas se hayan escrito nunca.

En segundo lugar, los objetos de la propiedad intelectual no tienen unas fronteras muy bien definidas. Las fronteras de una casa o de un carro son claros a la simple vista. El contenido de un libro tiene límites invisibles, que tan solo pueden solucionarse en una corte. En la vida cotidiana, es difícil determinar si alguien ha cruzado el límite. De una parte, es un hecho notorio que está prohibido copiar un libro entero. De otra, se sabe que está entre los límites legales copiar tan solo una frase del texto. Entre estos dos extremos, encontraremos el límite para la protección de un producto intelectual.

18. LAWRENCE LESSIG. *Code and Other Laws of Cyberspace*, 1999, 131.

19. Cfr. KINGSTON (nota 10), 23.

Las fronteras están cambiando y por ende están sometidas a revisión. Mientras que hace un siglo una traducción era vista como el trabajo de un traductor, hoy en día la traducción “no autorizada” se considera una violación al *copyright* del autor original. De manera similar, al tratarse de patentes se introdujo una doctrina de los equivalentes. Antes, uno podía reconstruir la invención patentada con algunos cambios menores, siempre y cuando no reconstruyera la misma invención. La doctrina de los equivalentes prohíbe que se tome una acción tan evasiva, pero la decisión acerca de qué es equivalente y qué no lo es debe ser tomada en cada caso individual²⁰.

Otra frontera concierne a la dicotomía idea-expresión de la propiedad intelectual. Por un lado, es posible tener una idea sin tener su propiedad. Lo mismo aplica a la información o a los datos: un censor puede reunir información, pero no recibe un derecho de autor porque esta información no es vista como suficientemente original. Alguna información parece ser firme e irrevocablemente parte del dominio público²¹. Por otro lado, una persona puede tener propiedad sobre un producto intelectual / idea tan solo pronunciándola o expresándola; la expresión parece ser merecedora de protección. La información pura no puede ser apropiada, pero si la información se produce, se ensambla, se expresa o se

presenta de una particular manera, se hace posible una apropiación de la información, y por tanto ella está sujeta al derecho de la propiedad intelectual.

Una teoría de la propiedad intelectual debe centrarse en el paso que cierra la distancia entre una idea libre y su expresión protegida, y que hasta el momento no ha sido razonablemente aclarada mediante una teoría general de la propiedad. Es un asunto de actualidad, puesto que el abanico de ideas que pueden ser protegidas se ha ampliado rápidamente en las últimas décadas²².

Muchos motivos acarrearón este desarrollo. Un factor es la creciente consciencia hacia la producción intelectual. Hay muchos ejemplos para la expansión del reino del derecho de propiedad intelectual: una cadena mexicana de restaurantes demandó a otra empresa, aduciendo que ésta última había copiado su decoración, una combinación peculiar de características no funcionales, como un esquema de colores²³. Los eruditos legales han defendido el uso de patentes en las maniobras atléticas²⁴. Incluso los procedimientos quirúrgicos han sido sometidos a la legislación de patente²⁵. El formato de televisión de “Gran Hermano” fue objeto de licencia a múltiples emisoras televisivas en el mundo; de no ser así, hubieran sido responsables de pagos compensatorios.

20. WILLIAM W. FISHER. “Geistiges Eigentum – ein ausufernder Rechtsbereich: Die Geschichte des Ideenschutzes in den Varsinigten Staaten”, en *Elgentum im internationalen Vergleich*: 13-20. *Jahrhundert*, ed. Hannes Slegrist, et al. 1999, 273.

21. MARTHA WOODMANSEE y PETER JASZI. *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature*, 1994, 39.

22. FISCHER (nota 20), 266.

23. *Two Pasos, Inc. V. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763 (1992).

24. ROBERT M. KUNSTADT, SCOTT F. KIEFF y ROBERT G. KRAMER. “A New Hook for IP Practice – Intellectual Property Protection for Sports Moves”, *National Law Journal* (1996) C1.

25. La dimensión ética de los derechos de autor se hace inmediatamente visible, ya que sólo las personas pudientes tendrían la capacidad económica para permitirse ciertos procedimientos. El Congreso de Estados Unidos limitó el uso de dichas patentes, mediante la exclusión de responsabilidad de médicos y entidades de salud por infringirlas. Cfr. 35 U.S. § 287(c).

En tercer lugar, la existencia de la propiedad intelectual tiene un límite temporal²⁶. La legislación garantiza la propiedad sobre un trabajo o una patente sólo por cierto período de tiempo, después del que el derecho caduca. Desde el punto de vista legal, la propiedad normal puede existir casi eternamente. El estado no impone un límite temporal para la posesión de un gato o una casa. Podríamos relacionar el límite temporal de una propiedad regular a los derechos limitados en la propiedad intelectual diciendo que ambas formas terminan con la imposibilidad de uso; la muerte de una vaca o la descomposición final del carro pueden ser eventos parecidos a la terminación de una patente. En verdad, la existencia limitada de una patente puede que no sea más que una simulación de la vida limitada de la propiedad regular. Sin embargo, es justamente este hecho el que revela la naturaleza de la diferencia entre ambas formas de propiedad. Mientras que la propiedad en la vida “real” encuentra su fin natural, los derechos de propiedad intelectual mueren por muerte artificial. Mientras que la propiedad regular sigue siendo un derecho personal, la propiedad intelectual se torna parte del dominio público²⁷. Es difícil encontrar una justificación para ello. Es posible que sea insuficiente una teoría económica que establezca la necesidad de elevar el derecho a mono-

polio, debido a la misma naturaleza de un derecho único para promover y distribuir un producto. Por ende, una aproximación filosófica a la propiedad intelectual podría explicar esta diferencia.

Hay otros aspectos que atañen a la propiedad intelectual, que van más allá de cualquier derecho de propiedad. En la mayoría de los sistemas legales, la propiedad intelectual es una especie de “hermafrodito”, porque combina aspectos de interés financiero con aspectos de interés personal. Ninguna otra propiedad o derecho posee esta característica. Los derechos morales, que protegen los intereses personales de los autores en su propia obra, más que sus intereses económicos, también son parte del derecho de propiedad intelectual. Por tanto, los derechos morales combinan características de personalidad y propiedad, un concepto desconocido para el derecho de propiedad regular²⁸.

La prohibición de uso por otras personas es un factor dominante de la legislación sobre propiedad intelectual²⁹. Claramente, éste también es un aspecto de la propiedad regular, pero es crucial para el entendimiento contemporáneo de la propiedad intelectual. Otras formas de propiedad enumeran las restricciones de uso como uno entre los muchos aspectos³⁰. Además, la cantidad de propiedad intelectual no puede ser disminuida, a pesar de cuántas

26. Por supuesto, el límite temporal lo aplica la ley, así como la existencia ilimitada tendría raíces en la ley también. Sin embargo, todos los regímenes de propiedad intelectual parecen reconocer la importancia de una limitación en la existencia de la propiedad intelectual. Cfr. U.S. Const. Art. I, Sec. 8,8.

27. “Éste es Comunismo, en el corazón de la protección a la propiedad intelectual de nuestra Constitución”. LESSIG (nota 18), 134.

28. “Características de personalidad”: esta expresión designa todos los intereses en la personalidad misma y su apariencia, por ejemplo, la reputación.

29. PETER DRAHOS. *A Philosophy of Intellectual Property*, 1996, 134.

30. Describir este aspecto como “prevención de uso” es mucho más adecuado que describirlo como “exclusión de uso”. Tal vez éste es el factor clave que llevó al movimiento *Copyleft* (cursiva del traductor).

veces se ha utilizado. Es un bien sin rivalidades: las ideas pueden ser compartidas indefinidamente, sin menoscabo para el propietario³¹. Son inagotables y no pueden ser destruidos. Una vez que una idea llega al mundo, es notoriamente difícil controlarla o extinguirla, a diferencia de la propiedad regular³². Así mismo, nadie puede privar a alguien más de una idea.

Otro aspecto de la propiedad intelectual deriva de la noción que la propiedad está asociada en parte con la identidad. La identidad se puede definir como consistente en —entre otros elementos— múltiples relaciones con el mundo exterior. La propiedad, como una extensión de la identidad, puede ser vista como un nexo entre una personalidad y el mundo. La propiedad intelectual, como algo creado en los dominios interiores de la mente humana, puede ser vista como algo incluso más personal. Apenas el estado reglamenta los derechos de propiedad, influencia los individuos y su relación con su mundo exterior. Los derechos morales, esto es el derecho de un autor a tutelar no solamente su interés económico sino su interés personal en su trabajo, es un tributo a este aspecto. Ellos protegen la integridad personal así como la reputación del autor³³. En las teorías filosóficas de la propiedad intelectual, una aproximación diferente a los derechos de autor y patentes afecta la comprensión de la identidad, y viceversa.

II. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA FILOSOFÍA

A pesar de las diferencias entre propiedad intelectual y propiedad regular y su importancia para el mundo actual, los autores coinciden que no existe una teoría general de la propiedad intelectual³⁴. Los varios argumentos principales que por lo general se refuerzan mutuamente en defensa de unos derechos de propiedad fuertes, divergen cuando se aplican al concepto de propiedad intelectual³⁵. Las reglas vigentes (propiedad intelectual) fueron ampliamente desarrolladas de manera *ad hoc* en los tribunales. No se basan en una concepción específica, sino que representan primeramente un desarrollo empírico, con base en una perspectiva económica³⁶.

Sin embargo, podemos encontrar algunos párrafos que se refieren a la propiedad intelectual en el trabajo de KANT, HEGEL, FICHTE, HERDER, o FOUCAULT. Adicionalmente, LOCKE y MARX trataron de desarrollar completamente una teoría de la propiedad que incluía la propiedad intelectual. Con una aproximación tan holística, una teoría específica para la propiedad intelectual tal vez no sea necesaria —salvo en la medida en que las teorías generales sobre propiedad pueden explicar a satisfacción la existencia de la propiedad intelectual. Es interesante ver que unos autores relativamente marginales como

31. L. LESSIG (nota 18), 132.

32. Por supuesto que es posible mantener secreta una idea. Adicionalmente, alguien podría usar unos aparatos técnicos para asegurar que una idea se quede en cierta área. Es muy difícil evitar la gente al interior de una comunidad cuando se comparte y (por tanto) se difunde una idea. Sin embargo, esto no cambiaría el status de bien sin rivalidades.

33. Cfr. RICHARDSON, GANS, HANKS y WILLIAMS (nota 13), 3.

34. DRAHOS (nota 29), prefacio.

35. TOM G. PALMER (nota 17), 817.

36. ROYCE FREDERICK WHALE. *Comment on Copyright*, 1969, 11.

SERVAN avanzaron los argumentos más interesantes en defensa de la propiedad intelectual. En otros casos, a los intérpretes de los filósofos prevalecientes quedó la tarea de adaptar las teorías de propiedad más influyentes a la propiedad intelectual³⁷.

A. JOHN LOCKE

LOCKE introduce su teoría de los derechos naturales de propiedad en el Capítulo V, Libro II de *Dos Tratados sobre Gobierno*. El trabajo del filósofo proporcionó una solución al problema de cómo el derecho natural, que proclamaba la existencia de un bien común, pudiese llevar a un estado de propiedad privada. El “bien común” se refiere a algo que pertenece a todos los miembros de una comunidad particular, o bien, por el contrario, pertenece al estado.

La teoría de la propiedad de LOCKE puede ayudar a ilustrar cómo los seres humanos alcanzan los derechos de propiedad sobre la producción del intelecto. Múltiples artículos sobre LOCKE fueron escritos en este contexto³⁸. Su teoría ha jugado un papel prominente en el desarrollo del derecho actual de propiedad intelectual. En dos casos pioneros del siglo XVIII sobre derechos de autor —*Millar v. Taylor* (1769) y *Donaldson v. Becket* (1774)— la

representación del autor como propietario dependía de la noción de LOCKE sobre el origen de la propiedad³⁹.

LOCKE, un filósofo con una fuerte herencia religiosa, intentó combinar la creatividad de Dios y la creatividad de los seres humanos. En la opinión de LOCKE, Dios ha dado el mundo a los ‘Hombres’ en común⁴⁰. De acuerdo con LOCKE, Dios hizo eso no solamente para darles a los seres humanos una posibilidad para la auto-preservación; ellos también tenían la obligación de hacer uso del mundo para su propio avance y conveniencia. Para LOCKE, nadie tiene dominio particular, salvo sobre su propio cuerpo⁴¹. Esta es la clave para la teoría de la propiedad de LOCKE, y lo lleva a la afirmación de acuerdo con la cual cualquier cosa que una persona crea con sus propias manos debe, por ende, pertenecer a ella.

“Aunque la Tierra, y todas las Criaturas inferiores son comunes a todos los Hombres, sin embargo cada Hombre tiene la Propiedad sobre su propia Persona. Este Cuerpo no debe ningún Derecho a nadie, sino a sí mismo. El Trabajo de su Cuerpo, y el Trabajo de sus Manos, podríamos decir, son correctamente suyos”⁴².

Para LOCKE, los individuos pueden sacar a los objetos del estado de la natura-

37 TOM G. PALMER (nota 17), 818.

38 JUSTIN HUGHES. “The Philosophy of Intellectual Property”, *Georgetown Law Journal* 287 Iss. 77 (1988) 296; JAMES W. CHILD. “The Moral Foundations of Intangible Property”, *The Monist* (1990), 578; LAWRENCE C. BECKER. ‘Deserving to Own Intellectual Property’, *Chicago-Kent Law Review* 68 (1993), 609; DONALD DIEFENBACH. ‘The Constitutional and Moral Justifications for Copyright’, *Public Affairs Quarterly*, 8 Iss. 3 (1994), 225; HORACIO M. SPECTOR. “An outline of a Theory for Justifying Intellectual and Industrial Property Rights”, *European Intellectual Property Review* 8 (1989), 270; EDWIN C. HETTINGER. “Justifying Intellectual Property”, *Philosophy and Public Affairs* (1989), 31.

39. MARK ROSE. *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, 1993, 5.

40. JOHN LOCKE. *Two Treatises of Government* (ed. Peter Laslett), 1960, II v § 25.

41. Loc. cit. II v § 27. Es interesante ver que era cierto para la cultura de Grecia antigua (la palabra egipcia “d.t” significa “cuerpo” y “propiedad personal” al mismo tiempo).

42. Loc. cit. II v § 27.

leza; si se mezclan con trabajo, se tornan propiedad⁴³. El trabajo añade valor a los (por tanto) objetos naturales refinados:

“Porque este Trabajo sin duda pone una diferencia de valor a todo [...] en la mayoría de ellos 99/100 deben ser completamente acreditados al trabajo”⁴⁴.

Esta teoría sirve cuando se aplica al ejemplo del granjero, su granja y los frutos de su granja. Sin su trabajo, no habría siembra en el terreno. Gracias a sus esfuerzos, él puede cosechar lo que sembró. Por ende, la cosecha y el suelo serán de su propiedad.

LOCKE añade dos condiciones. En primer lugar, él limita el poder del trabajo para generar propiedad: una persona puede aplicar trabajo para generar su propiedad solamente si deja para el uso de otros individuos de la comunidad unos productos comunes “suficientes y de igual calidad”. En segundo lugar, está prohibido estropear o destruir las cosas. Ambas condiciones se reducen de manera significativa en una economía monetaria, aunque no pierden validez ni se tornan superfluas.

1. Propiedad intelectual

La teoría de la propiedad trazada puede funcionar en el contexto de la producción intelectual. Para reclamar la propiedad sobre un producto del intelecto, hay que involucrar mano de obra. La pregunta es si los productos del intelecto requieren mano de obra para ser desarrollados. Si tienen que escoger entre trabajo mental y trabajo físico, la gente preferirá el trabajo mental como el más fácil. Desde un punto

de vista externo, pensar no debe parecer trabajo. De hecho, a algunas personas les gusta pensar. LOCKE imagina el trabajo como algo tan desagradable que la gente lo hace sólo con la expectativa de obtener unos beneficios⁴⁵. Podríamos leer LOCKE de una manera tal que alguien a quien le gusta el trabajo evitaría ser recompensado. Una interpretación que siguiera este tipo de razonamiento llevaría a unos resultados extraños cuando se aplica a la teoría de la propiedad de LOCKE. Tendríamos que negarle al granjero el fruto de su trabajo, en el evento que le divierta arar el campo. Sin embargo, un resultado tal no parece estar de acuerdo con otros aspectos de la teoría de LOCKE. Si LOCKE se refiere al trabajo como “dolor”, no deberíamos tomarlo de manera tan literal⁴⁶. Por ende, “mano de obra” debe ser interpretada en sentido más liberal. Si por lo menos invirtiéramos algún esfuerzo en nuestro propio trabajo, el criterio de mano de obra se cumpliría a suficiencia. Pero, para una simple idea, éste no es necesariamente el caso. La idea de una historia con el título “un hombre encuentra a una mujer”, no requiere de ningún esfuerzo físico. Sin embargo, una expresión más sofisticada de esta idea involucra a mucho más que solamente la idea mental; requiere de mano de obra para llevarla al papel. Apenas el cuerpo comienza a expresar la idea, se involucra la mano de obra en el sentido de LOCKE.

Podríamos reducir el conflicto de la dicotomía idea-expresión a la pregunta si se están haciendo esfuerzos suficientes para cumplir con la definición de mano de obra. Si para realizar una tarea se involucra muy

43. Loc. cit.

44. Loc. cit. § 40.

45. HUGHES (nota 38), 302.

46. LOCKE (nota 40), II v § 30.

poco trabajo mental o dolor, entonces no podríamos hablar de mano de obra. Por ende, el resultado del trabajo mental no puede ser protegido. Si una idea nace en la mente de alguien, debe expresarse, y eso involucra algún tipo de trabajo.

No obstante, incluso si este aspecto de la mano de obra se da, puede que no sea suficiente para apropiarse un producto intelectual. De acuerdo con LOCKE, el proceso de mano de obra debe añadir valor (a un objeto o idea). “Valor” se define como “ser útil para la Vida del Hombre”⁴⁷. Entonces, algo que ya se encuentra en el mundo no puede ser apropiado sin que se le añada valor. En el contexto de la propiedad intelectual, indica que un invento que existe no puede ser reclamado por otra persona como su propiedad, diez años después. Pero éste no es el único efecto que el valor tiene sobre la propiedad intelectual.

Es difícil determinar si un nuevo producto del intelecto añade valor a “la Vida del Hombre”. No toda producción intelectual mejora la vida de los seres humanos, si es un invento inútil o una historia horrenda. Un nuevo producto del intelecto incluso puede ser una pérdida neta para alguien que invirtió años de su vida para trabajar en textos, que carecen de valor desde un punto de vista objetivo. De acuerdo con LOCKE, el valor es independiente de las creencias del individuo. El creador no puede reclamar su valor, ya que para LOCKE el valor de un bien / producto sólo puede ser medido usando una base objetiva, mas no por su “sesgado” creador. Además, el valor de un bien debe ser determinado de manera independiente respecto de cualquier punto en el tiempo.

Algo que en principio parece carecer de valor, puede resultar de gran valor después de cierto lapso de tiempo o en otro contexto social.

Típicamente, la prevención de uso se torna importante apenas se involucra un bien valioso. Obviamente, varios intereses compiten entre sí apenas nace el conflicto. En un tribunal, nadie defendería algo que carece completamente de uso o valor. Además, incluso si lo intentara, no podría, debido al sistema legal. Los diversos intereses involucrados prueban que se trata de algo valioso. Aunque también los inventos inútiles están sometidos a la ley, ésta se aplicará sólo en los casos en los que la gente vea un valor en el producto de su intelecto.

El aspecto del valor agregado es la razón por la cual los inventos nuevos deben cumplir un estándar de “utilidad” para recibir protección bajo el derecho actual. Un texto escrito o un trabajo artístico sólo cumple el criterio del derecho de autor si tiene cierto valor. Sin embargo, estos criterios se establecen en un nivel muy bajo, por tanto son fáciles de superar, como lo demuestra la legislación norteamericana del derecho de autor, en la que el registro parece ser lo único necesario para obtener protección.

La adición de valor funciona mejor si no solamente se mide el trabajo en sí, sino también el efecto general. Este argumento regla-utilitarismo no incluye el requisito por el cual cualquier producción intelectual protegida tiene un valor particular. De acuerdo con el utilitarismo, mientras el sistema prevaleciente genera un incremento en el valor social,

47. Loc. cit. § 40.

comparado con las condiciones que existirían sin el sistema, se justifica. Cuando el obrero produce algo valioso para los demás, entonces merece beneficiarse de ello. Deberá ser recompensado con los derechos de propiedad. Éste también es el aspecto normativo de la teoría de LOCKE, mientras que el aspecto de “evitar-mano de obra” descrito arriba (la sociedad premia el trabajo con la propiedad, con base en el argumento que debemos otorgar premios para obtener mano de obra) es el aspecto instrumental. Ambos aspectos pueden ser aplicados sin que sean recíprocamente excluyentes. La interpretación instrumental tiene nexos muy estrechos con el derecho de la competencia desleal. Si el resultado de la mano de obra no tiene perspectiva de valor, a nadie le importaría que fuese hurtado. Por el contrario, si la producción intelectual tiene valor, sería injusto privar al creador de ello. Este aspecto de valor también tiene un nexo muy cercano con la defensa utilitarista de la propiedad intelectual y con la justificación actual para una legislación de la propiedad intelectual. La historia legal de la propiedad intelectual contiene muchas alusiones a la teoría del valor agregado.

También debe tenerse en cuenta la condición de “suficiente y de igual calidad”. De acuerdo con LOCKE, suficiente debe dejarse en lo común para los demás miembros de la comunidad. Lo “público” de LOCKE contiene suficientes bienes de calidad similar, de tal manera que lo extraído por una persona no le impediría a la próxima persona extraer algo de la misma calidad y cantidad⁴⁸. Lo público no necesita ser infinito; es suficiente con que sea

prácticamente inagotable. Con las ideas, la condición de la inagotabilidad es fácil de cumplir, ya que una idea puede ser usada tan a menudo como sea posible sin mermar lo público en ningún sentido.

El problema de la condición “suficiente y de igual calidad” de LOCKE puede estar en la distribución. El creador de un trabajo puede excluir a otros de usarlo. Sin embargo, con las ideas esto sólo es posible si el creador las guarda para sí mismo, porque los pensamientos no pueden ser controlados. Podríamos controlar la expresión, pero eso es diferente de la idea. La exclusión total es imposible. Adicionalmente, cualquier otra persona es libre de tener de nuevo la misma idea. Por ende, lo público no puede ser agotada.

De acuerdo con HUGHES, algunas ideas son demasiado importantes para ser extraídas de lo público, tales como ideas cotidianas simples como contar un cuento de fantasmas, así como ideas extraordinarias como el descubrimiento de una ley de la física⁴⁹. Sin embargo, la interpretación de LOCKE que hace HUGHES, no convence. Una historia de todos los días puede que no sea adecuada, puesto que ya existe en el mundo. Antes de ser objeto de apropiación, una historia cotidiana debería ser modificada y cierta mano de obra debería ser aplicada. Después de la modificación, sus características habrán cambiado, así que ya no sería una idea cotidiana. Algo similar sucede con ideas extraordinarias en las ciencias naturales. Un límite a la apropiación es el hecho que “Dios dio el mundo a los Hombres en comunidad”. Se lo dio a Adán en el estado en que existía en ese particular momento. Todo lo que

48. HUGHES (nota 38), 316.

49. Loc. cit.

había en el mundo se tornó parte de lo común. Un descubrimiento es tan sólo la descripción de lo que ya es parte del mundo. En cambio, un invento adiciona algo al mundo; es algo que no existía cuando la humanidad recibió el mundo.

La condición “suficiente y de igual calidad” juega un papel importante en el área del derecho. Si un argumento determinado fuese de propiedad de alguien, el propietario podría prohibir a los demás que lo usaran. Lo mismo aplica para las cláusulas contractuales estandarizadas. Cada persona debe ser libre de usarlas y copiarlas, porque de otra manera la habilidad de las partes para limitar la responsabilidad dependería de la buena voluntad del propietario de los derechos de autor. Tal vez, LOCKE argumentaría que estas reglas ya existían en el mundo antes de que el hombre entrara en él; por tanto, las reglas no pueden ser adecuadas. Por consiguiente, debemos ser críticos acerca de la tendencia que registra los contratos estándar bajo el derecho de autor.

La condición del no desperdicio es otro importante elemento de la teoría de LOCKE. LOCKE presenta esta condición en el contexto del desperdicio de comida –nada debería desperdiciarse. Según LOCKE, no importa si todos tienen suficiente comida para satisfacer sus necesidades, puesto que esto iría en contra de la tarea que Dios les encomendó a los Hombres. El desperdicio de las cosas evita que otra persona las use, mientras que el mismo dueño es despojado de su potencial uso futuro.

Sin embargo, puede la propiedad intelectual ser desperdiciada? Si alguien inventó un aparato técnico, pero lo destruye antes que alguien más lo pueda ver, el nuevo aparato y su beneficio potencial para la sociedad se desperdician. Ésta es

la esencia. No obstante, la propiedad intelectual vive de la ambivalencia de tener unos derechos sobre ciertos bienes que están disponibles al público. Entonces, debemos determinar el desperdicio de bienes del intelecto por diversos medios. Se desperdiciaría una idea, si un inventor permitiese sólo la producción de un cierto número de máquinas con base en esta idea? No hay deterioro interno del invento y el desperdicio se ve solamente contra un telón social. Mientras el valor de una idea puede variar de acuerdo con el contexto social en el que se ubica, el valor de una idea sigue constante. De acuerdo con la condición de LOCKE, no es un desperdicio de trabajo y de la mano de obra utilizada para generar una idea, si el inventor permite tan sólo una edición limitada de los bienes patentados. Puesto que sólo puede patentarla mediante su publicación, la idea es entonces accesible para el público.

La introducción de la moneda demuestra otro aspecto de las ideas. No podemos despojar a alguien de una idea; en consecuencia, es difícil intercambiar una idea por dinero. Pero, es posible acceder a una idea con dinero y comprar la expresión de una idea. Aquí, se da un intercambio real. Sin embargo, lo anterior es seguido por múltiples problemas. Si se da un concierto sin que esté presente un auditorio, la expresión se desperdiciaría en el sentido de LOCKE? Probablemente no, ya que ésta es tan sólo una expresión efímera, que no puede ser intercambiada. En la hipótesis que el auditorio tenga realmente acceso al concierto, aún así ellos no podrían obtener nada a cambio de la música que “consumieron”. Cualquier expresión intercambiable se fija sobre algo tangible. Por ende, la condición del no-desperdicio se aplica solo a los objetos tangibles, que ya pertenecen a la teoría

de la propiedad común de LOCKE. Una idea sólo puede ser desperdiciada si se destruye antes de que cualquier persona la note. Puesto que la legislación sobre propiedad intelectual solo es aplicable si la idea es publicada, la condición del no-desperdicio nunca podrá aplicarse a una idea que se encuentra protegida por el derecho de la propiedad intelectual. Es imposible desperdiciar una idea que ya fue publicada.

2. LOCKE: Resumen

La teoría de LOCKE está construida sobre las bases del derecho de propiedad intelectual moderno. La aproximación “sin mano de obra” está reflejada en el énfasis económico de la legislación contemporánea sobre patentes y derecho de autor. Desafortunadamente, no contiene un principio, lo que sería una medida para la propiedad intelectual rápidamente disponible y verificable entre sujetos. Un estándar subjetivo tan inherente proporciona solamente una base cuestionable para las reglas generales y abstractas que guían el derecho de la propiedad intelectual. Lo anterior aplica a toda la teoría de LOCKE. Aunque no se limita a cualquier área de la propiedad intelectual, a veces es demasiado indiferente. Una teoría de la propiedad intelectual de LOCKE esencialmente sería el resultado de la interpretación del lector, mas no el producto de la teoría de la propiedad del mismo Locke. Él proporciona algunos parámetros, y así proporciona también el marco para una amplia gama de interpretaciones que deben ser justificadas. Adicionalmente, Locke descartaría cualquier aproximación interpretativa que incluya leyes morales, ya

que en su opinión la personalidad no juega un papel suficientemente significativo para el derecho a la propiedad.

B. IMMANUEL KANT

KANT no solamente desarrolló una teoría del derecho que incluía una teoría de la propiedad, sino que también escribió explícitamente sobre la propiedad intelectual. El análisis de dos palabras en particular es importante para entender su aproximación: en primer lugar, la *Ciencia del Derecho* de KANT, publicada en 1796 como una exposición metafísica de la filosofía del derecho. Su labor era determinar los componentes de una división lógica de la ciencia del derecho, *a priori*, en un sistema completo y genuino⁵⁰. La otra labor significativa es el ensayo *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks* [*De la Injusticia de los Libros Falsificados*], publicado en 1785.

1. Fundamento teórico de la propiedad

KANT asigna los derechos de propiedad como un derecho privado en su sistema de la ciencia del derecho. El derecho a la propiedad se basa en un solo derecho connatural, el derecho desde el nacimiento a la libertad:

La libertad es Independencia frente a la Voluntad obligatoria de un tercero, y en la medida en que puede coexistir con la Libertad de todos, de acuerdo con una Ley universal, es el único, original, connatural Derecho que pertenece a cada hombre en virtud de la Humanidad⁵¹.

50. IMMANUEL KANT. *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, 1974 (1796-97), 121.

51. Loc. cit. 56.

Además de la racionalidad, ésta es la única posesión pre-legal de los seres humanos⁵². En este derecho se halla incluido el derecho a la acción común: cada hombre puede hacer a los demás lo que no infringe los derechos de aquellos. Esta regla es aceptada por la sociedad *a priori*. El derecho a la acción común incluye la obligación a no abstraer algo que pertenece a alguien más. Existe una segunda regla que puede hacerse derivar del argumento anterior: la aceptación general que una cosa puede ser llevada bajo su poder ('in Gewalt') por un individuo, lo que permite la posesión individual del primero que actúa⁵³. La aceptación *a priori* de esta regla le permite a cada ser humano tomar posesión por su propia voluntad. Cualquier cosa es "mía", cuando el propietario está ligado a ella de una manera específica. Apenas alguien hace uso de la propiedad de otra persona sin el consentimiento del propietario, ese individuo perjudica el derecho de posesión de este último.

Además de la posesión pre-legal del derecho connatural, cualquier otra posesión posible es exterior. No hay nada exterior que, como tal, sea en origen objeto de propiedad sin la intervención de un acto jurídico de cualquier tipo. Todas las posesiones (y los derechos) deben ser adquiridas⁵⁴.

Los derechos reales (por ejemplo, el derecho a algo) requieren un acto de adquisición diferente a aquel de los derechos personales. Los derechos "reales"

no deberían entenderse como iguales a la propiedad "real". La definición de un derecho real es la siguiente:

"... Derecho al Uso Privado de una Cosa, de la que yo tengo posesión – original o derivada – en común con los demás".

El proceso de adquisición es original, o primario, si alguien adquiere algo que nadie más ha hecho suyo, todavía. En cambio, un derecho personal nunca puede ser adquirido de la misma manera. Siempre derivará de los derechos de otra persona, mediante transferencia positiva⁵⁵.

2. Propiedad intelectual

Para la propiedad intelectual, se da una situación especial, por lo menos en lo que concierne a los libros:

Un libro es un Escrito que contiene un Discurso dirigido por alguien al Público, mediante señales visibles de Oratoria⁵⁶.

Esta definición de un libro es la clave para acceder al sistema de derechos de autor de KANT. KANT garantiza al autor el derecho a su trabajo, esto es, el discurso, pero no en el libro como tal, el 'opus mechanicum'. El derecho a poseer el discurso es diferente de los derechos de propiedad sobre el libro. Según KANT, cualquiera puede poseer un libro, pero la compra de un libro le da derecho al comprador únicamente a poseer

52. MANFRED BROKER. *Kants Besitzlehre: zur Problematik einer transzendentalphilosophischen Eigentumslehre*, 1987, 103.

53. Loc. cit. 104.

54. Por tanto, la existencia y la disponibilidad de las cosas son prerequisites para que la gente adquiera posesión. A KANT no le interesa la mera existencia de las cosas, lo que es una pre-condición dada para él. Cfr. loc. cit. 89.

55. KANT (nota 50), 101.

56. Loc. cit., 129.

el libro, mas no su contenido, es decir, el discurso contenido en las páginas del libro⁵⁷. En este sentido, la argumentación de KANT es predecesora de la definición actual de los derechos de propiedad intelectual como derechos en objetos ideales (e intangibles), que difieren del substrato material en el que se presentan.

Sin embargo, no es claro justamente cómo el autor adquiere el derecho sobre el discurso. Incluso KANT no da evidencia clara en sus escritos. Por una parte, para KANT todas las cosas se adquieren externamente, incluso si el objeto que se adquiere, por ejemplo el discurso, consiste en los pensamientos del autor⁵⁸. Así, el acto de adquisición sigue reglas externas. Por otra parte, KANT cree que es un derecho connatural del autor evitar que otros hablen en su nombre al auditorio⁵⁹. Esta confusión se basa en el hecho de que KANT no está seguro si el derecho sobre un discurso creado es un derecho personal o real. Según KANT, el editor recibe del autor un derecho personal para imprimir el discurso, que

el autor puede otorgar tan sólo una vez⁶⁰. Esto indica que el mismo autor tiene un derecho personal sobre el discurso que creó. Sin embargo, el derecho del autor sobre el discurso también cumple con la definición kantiana de derecho real.

Con el fin de llegar a una solución, las diferencias entre los resultados del proceso de trabajo y el trabajo deben ser aclaradas. Las palabras latinas *operam* y *opus* marcan la diferencia. KANT entiende los esfuerzos de un autor como “opera”, en oposición a un *opus*. Si alguien está trabajando para otra persona, está haciendo un esfuerzo, pero no está produciendo un trabajo. Alguien que simplemente hace uso de sus poderes o habilidades puede permitir que otros los usen (opera), pero nunca podrá alienarlos, porque pertenecen a la persona. La alienación le daría a alguien el derecho como en la persona misma. Lo anterior sería contradictorio en el sistema de KANT, así como lo confirmó en otro estudio⁶¹. Un trabajo, un opus, puede ser enajenado. Es terminado, y por tanto es el

57. IMMANUEL KANT. *Kants Werke: Academia-Textausgabe* vol. 8, 1968, 80: “Hier kommt alles auf den Begriff einer Buchs oder einer Schrift überhaupt (er sei bevollmächtigt oder nicht) an: ob nämlich ein Buch eine Waare sei, die der Autor, es sei mittelbar oder mittelst eines andern, mit dem Publicum verkehren, also mit oder Vorbehalt gewisser Rechte veräußern kann; oder ob es vielmehr ein bloßer Gebrauch seiner Kräfte (opera) sei, den er andern zwar verwilligen (concedere), niemals aber veräußern (alienare) kann [...]”.

58. Loc. cit., 79: “Denn das Eigenthum des Verfassers an seinen Gedanken (wann man gleich einräumt, daß ein solches nach äußern Rechten statt finde) bleibt ihm ungeachtet des Nachdrucks...”.

59. Loc. cit. 86 (nota p. de p.): “Der [Autor] nimmt das Buch als Schrift oder Rade... Dieses Recht des Verfassers ist aber kein Recht in der Sache [...] sondern ein angeborenes Recht in seiner eignen Person, nämlich zu verhindern, daß ein anderer ihn nicht ohne seine Einwilligung zum Publicum reden lasse, welche Einwilligung gar nicht präsumiert werden kann, weil er sie schon einem andern ausschließlich ertheilt hat”.

60. Loc. cit.

61. Loc. cit., 295 (Über den Gemeinspruch: Das mag zwar in der Theorie richtig sein, taugt aber nichts für die Praxis): “Obgleich der, welchem ich mein Brennholz aufzuarbeiten, und der Schneider, dem ich mein Tuch gebe, un daraus ein Kleid zu machen, sich in ganz ähnlichen Verhältnissen gegen mich zu befinden scheinen, so ist doch jener von diesem, wie also wie tagelöhner vom Künstler oder Handwerker, der ein Werk macht, das ihm gehört, so lange er nicht bezahlt ist, unterschieden. Der letztere als Gewerbetreibende verkehrt also sein Eigenthum mit dem Anderen (opus), der erstere den Gebrauch seiner Kräfte den er einem Anderen bewilligt (operam)”.

opus que puede ser alienado. Un autor no puede alienar sus propios derechos sobre el discurso. El derecho sobre el discurso por ende es presumiblemente un derecho personal establecido para la persona del autor como un *ius personalissimum*⁶².

El concepto del autor juega un rol significativo en la teoría de KANT. KANT limita la protección de los trabajos artísticos a los libros. La razón por proteger los libros es el hecho de que ellos no son una presentación inmediata (directa) de una concepción. De acuerdo con KANT, un libro es un discurso en una forma particular. En otras obras del arte, tales como un retrato o un torso, KANT ve la presentación directa como ya dada. Para él, el pensamiento que no puede expresarse puede esconderse detrás de estos trabajos.

A estas alturas, el entendimiento del concepto de “autor” de los contemporáneos de KANT puede haber influenciado su manera de pensar. Durante la segunda mitad del siglo XVIII, el significado de “autor” en sentido moderno nació como parte del Romanticismo alemán⁶³. Fue en esa época que los pensadores alemanes más conocidos debatieron intensamente el significado de autoría durante dos décadas⁶⁴. En esta discusión, el papel del artista era considerado aquel de un creador activo, lo que en 1795 llevó a SCHLEGEL a decir que:

Ahora la belleza del arte ya no es un regalo de naturaleza graciosa, sino el trabajo de un hombre, propiedad de su mente⁶⁵.

En los debates, el autor parecía ocupar una posición excepcional comparado con otros artistas (por ejemplo, pintores o escultores), como HERDER articuló:

Un autor se abandona en su libro, sea bueno o malo, para abrir una parte de su alma al auditorio⁶⁶.

Este abandono diferencia el autor de los demás artistas. Otros artes no eran mirados como inferiores, pero el trabajo en esos artes no eran vistos como si tuviesen un creador, en el mismo sentido de un libro. Solamente un autor era capaz de crear y pasar un mensaje al interior de su trabajo y a través de él. Por ejemplo, el creador de un torso puede que fuese considerado un gran artista, pero no era de confianza para comunicar pensamientos a través de su obra, así como un autor comunica a través de un texto. Sin embargo, un escultor puede reclamar los derechos de propiedad sobre su torso⁶⁷. Este entendimiento del concepto de artes y el autor, pueden ser el motivo por el que KANT diferenciaba entre propiedad literaria y otros artes. Hoy en día, obviamente, la recepción de los artes ha cambiado. Usualmente, cada artista insinúa un mensaje o ciertos pensamientos en una obra de arte. Este entendimiento de arte incluso puede haber cambiado la postura de KANT respecto de otras obras de arte⁶⁸.

KANT tampoco acepta los derechos de propiedad sobre otros productos del inte-

62. Loc. cit., 86.

63. MARTHA WOODMANSEE. *The Autor, Art, and the Market: Rereading the History of Aesthetics*, 1994, 36.

64. Loc. cit., 47.

65. FRIEDERICH VON SCHLEGEL. *Über das Studium der griechischen Poesie*, 1795, 103; traducción propia.

lecto, tales como las marcas comerciales y las patentes. La protección no puede ser aplicada a estas variantes, ya que ella no incluye ni siquiera la menor forma de discurso. Derivar los derechos de propiedad para las patentes de la teoría general del derecho de KANT, no es posible sin violar un argumento que él hizo en *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*⁶⁹. Sin embargo, hay una puerta trasera abierta para las marcas comerciales y los secretos industriales. Dado que KANT no menciona ni siquiera una vez los demás derechos de propiedad intelectual, es posible que no los considere como iguales al derecho de autor y a las patentes. Como se mencionó en la introducción, el término “propiedad intelectual” (y entonces la concepción de formar un grupo por fuera de los varios ámbitos de la propiedad intelectual) es un producto del siglo xx. Por ende, es válido argumentar a favor de las marcas comerciales con la ayuda de la ciencia metafísica del derecho de KANT. Un argumento en favor de estos derechos sobre marcas comerciales incluiría la aceptación, por parte

de la comunidad en general, de permitir un monopolio (como es en la naturaleza de las marcas comerciales), lo que podría darse en la forma de leyes escritas. Sin embargo, es más posible que KANT hubiese tratado las marcas comerciales de manera similar a las demás obras de arte. Por tanto, ellas no gozarán de una protección especial de propiedad intelectual. KANT dejaría a las reglas del fraude la prevención del maluso de las marcas comerciales.

En el caso de los derechos de autor, la aproximación de KANT reconoce un pequeño derecho para el creador de un texto. El nombre de un autor y su discurso están atados muy firmemente. De acuerdo con KANT, el autor puede prohibir la reimpresión del discurso bajo el nombre propio del autor; la impresión requiere de un permiso. Pero el discurso es considerado original únicamente al interior de unas fronteras muy estrechas. Apenas el trabajo el autor ha sido manipulado a suficiencia por alguien más, ya no es el discurso del autor y por tanto es libre de ser publicado⁷⁰. Para KANT, una traducción ya

66. JOHANN GOTTFRIED HERDER. *Ideen zur Geschichte der Menschheit*, JULIAN SCHMIDT (ed.), 1869, 3; traducción propia.

67. Por supuesto, otros artistas no encontraron un *lobby* fuerte entre los escritores, quienes daban prioridad a sus propias necesidades.

68. Es interesante que podamos trazar un paralelo con SERVAN. SERVAN tiene interés en la carta, incluso la carta pública, lo que se acerca a un discurso, a pesar del hecho de que se refiere a una persona en particular. En la definición que KANT hace de un libro, podemos encontrar elementos similares, sugiriendo que se trata de un discurso dirigido al público. Esto indica la influencia del común entendimiento de un texto sobre KANT y SERVAN.

69. Cfr. KANT (nota 57), 86: “Kunstwerke als Sachen können dagegen nach einem Exemplar derselben, welches man rechtmäßig erworben hat, nachgeahmt, abgeformt und die Kopien derselben öffentlich verkehrt werden, ohne daß es der Einwilligung des Urhebers ihres Originals, oder derer, welcher er sich als Werkmeister seiner Ideen bedient hat, bedürfe. Eine Zeichnung, die jemand entworfen, oder durch einen andern hat in Kupfer stechen, oder in Stein, Metall, oder Gipsausführen lassen, kann von dem, der diese Produkte kauft, abgedruckt oder abgegossen und so öffentlich verkehrt werden; so wie alles, was jemand mit seiner Sache ins einmelnamen Namen verrichten kann, der Einwilligung eines andern nicht bedarf. Lipperts Daktyliothek kann von jedem Besitzer derselben, der es versteht, nachgeahmt und zum Verkauf ausgestellt werden, ohne daß der Erfinder derselben über Eingriffe in seine Geschäfte klagen könnte. Denn sie ist ein Werk (opus, nicht opera alterius), welches ein jeder, der es besitzt, ohne einmal den Namen des Urhebers zu nennen, veräußern, mithin auch nachmachen und auf seinen eigenen Namen als das seinige zum öffentlichen Verkehr brauchen kann”.

70. Loc. cit.

no es el trabajo de un autor original y por tanto es libre de ser publicada, incluso si los pensamientos son los mismos⁷¹. Es un nuevo discurso por otro autor. Entonces, podemos ver como el autor tiene el derecho de evitar la reimpresión y la publicación del discurso, sólo en la medida en que queda inmodificada.

3. *KANT: resumen*

El trabajo de KANT no ayuda a explicar las características actuales del derecho de autor, tales como la existencia limitada o el dominio público. Él no diferencia entre una idea y su expresión, incluso si la cantidad es importante para él, ya que, en su opinión, un discurso debe contener por lo menos unas pocas páginas⁷². Presumiblemente, él no otorgaría un derecho de autor por un texto más corto. Su explicación que dice que el autor pierde el derecho sobre un discurso, si se lo cambia de tal manera que sería ilegal imprimir el texto bajo el mismo nombre del autor original, realmente no es útil para ayudar a determinar exactamente en qué condiciones y circunstancias un discurso se transforma en un nuevo discurso⁷³. Por otra parte, su trabajo ofrece una postura radical hacia los trabajos que tan sólo fueron modificados ligeramente. Según KANT, los trabajos pertenecen al “nuevo” autor sólo después que se hizo la modificación ligera. Este tipo de razonamiento es ilustrado por el ejemplo kantiano de la traducción, mencionados anteriormente.

La situación es diferente para otras obras de arte. Por ejemplo, el creador de una pintura sólo puede reclamar un derecho sobre su pintura siempre y cuando no haya sido vendida. Ésta no es el vehículo de un pensamiento como un libro, puesto que otras obras de arte sirven únicamente fines representativos: como resultado, no hay equivalente para un autor. De acuerdo con KANT, estos tipos de obras de arte no son otra cosa que un *opus*, que puede ser vendido sólo como una unidad, porque no existe otro derecho más allá del derecho real sobre el objeto en sí⁷⁴. KANT aplica el mismo razonamiento a las patentes. Para él, ellas no constituyen un discurso, y por tanto no expresan un pensamiento. Entonces, el nombre de su creador no debe ser mencionado. Así que ellas son libres⁷⁵. Para KANT, no importa si tienen o no tienen un estilo típico, si pueden ser reconocidas o no como el trabajo de un pintor específico. Ellas simplemente no llevan un pensamiento específico. Cuando el nombre de un pintor o de un inventor es mencionado en el contexto de su creación, es mera coincidencia. El discurso es la única creación que obliga una persona que quiere hacer uso de él, a mencionar el nombre del autor.

Con el fin de formular una teoría de la propiedad intelectual basada en KANT, deberíamos aceptar sus estrechas limitaciones acerca de qué constituye un bien del intelecto. La esencia de su teoría de la propiedad intelectual es que no hay propiedad intelectual además del derecho de

71. Loc. cit., 87.

72. KANT (nota 50), 129.

73. KANT (nota 57), 86.

74. KANT (nota 50), 130.

75. KANT (nota 57), 86.

un autor a controlar la publicación de sus discursos en su forma original. Para KANT, una legislación particular para el derecho de autor no parece ser necesaria, ya que el derecho de prohibir una reimpresión ya resulta de las reglas generales de ley.

C MICHEL DE SERVAN

MICHEL DE SERVAN menciona un nuevo aspecto de la propiedad intelectual. Sus dos ensayos sobre este asunto fueron publicados en 1783 y 1784⁷⁶. A SERVAN no le importan otras formas de propiedad intelectual diferentes a la propiedad literaria. Por cierto, sólo le interesa un solo problema en particular. Servan pregunta por qué la propiedad de una carta pertenece solamente al autor, y entre en terrenos nuevos al asumir que todas las cartas son parte de una correspondencia. SERVAN deriva esta idea al considerar los peligros de la publicación. Él compara la conversación efímera de un monto limitado de interlocutores con la perpetuada correspondencia accesible a un número ilimitado de lectores, a través de la imprenta. En una correspondencia, tanto el remitente como el receptor influyen el contenido de la carta. Por ende, de acuerdo con SERVAN, los derechos de publicación de las cartas no deberían ser de sola discreción del autor. Él argumenta así, debido a la relación especial entre ellos; autor y receptor deberían poseer la carta conjuntamente⁷⁷. Él utiliza

este principio para condenar la violación de la propiedad epistolar, que va desde el uso de cartas en un tribunal a la publicación póstuma de las cartas de un autor. Concluye afirmando que es responsabilidad de la monarquía proteger la privacidad de la correspondencia⁷⁸.

Por primera vez, encontramos la posibilidad de una multiplicidad de autores y propietarios para la propiedad intelectual. Éste es una ruptura fundamental respecto del concepto común del autor como una sola persona, como lo entendía KANT. SERVAN afirma que incluso alguien que recibe constantemente documentos escritos sin contribuir a la correspondencia, goza de un derecho de propiedad sobre las cartas que recibe. Sin embargo, la situación debe diferenciarse de un diálogo, que siempre combina preguntas y respuestas. Por lo general, una pregunta tiene un impacto sobre cómo se formula la respuesta. Por ende, la respuesta se relaciona de cerca con la pregunta y es posible admitir que la persona que pregunta reclame ciertos derechos de propiedad. SERVAN expande su línea de pensamiento sobre el hecho que una carta usualmente se crea teniendo en mente la persona determinada que la recibirá, lo que le permite al receptor también reclamar los derechos de propiedad sobre la carta. En la opinión de SERVAN, el hecho que un receptor pueda reclamar un derecho sobre la carta recibida, no significa que éste necesite una oportunidad para realmente

76. Los títulos muestran que durante este lapso de tiempo no había necesidad de unos títulos fáciles de recordar: El primer ensayo se titulaba *Réflexions sur le [sic] Confessions de J.-J. Rousseau, sur le caractère et le génie de cet écrivain, sur les causes et l'étendue de son influence, en fin sur quelque principes de ses ouvrages* (1783), mientras que el segundo se titulaba *Commentaire sur un passage de livre de M. Necker, ou éclaircissements demandés à Messieurs les commis des postes, préposés à décacheter les lettres* (1784).

77. SERVAN. *Oeuvres choisies*, vol. 2, p. 408, citado en DENA GOODMAN. "Epistolary Property: Michel de Servan and the Plight of Letters on the Eve of the French Revolution", en *Early Modern Conceptions of Property*, JOHN BREWER et ál. (ed.), 1995, 347.

78. Loc. cit., 351.

influenciar la carta, más allá de su conducta general. Dada esta condición, SERVAN garantiza al receptor un derecho.

Para explicar esto en mayor detalle, podemos usar el argumento de la identidad y el conocimiento. La aproximación ofrece una manera de validar la idea de SERVAN de la distribución de los derechos de propiedad intelectual de acuerdo con el contexto. Deberíamos argumentar que una persona es la sumatoria de sus características propias. Éste no solamente es el cuerpo, sino también la mente con todas sus ideas, pensamientos y cualidades. El comportamiento y la comunicación de un individuo con el mundo exterior también definen a una persona. La identidad de alguien depende de su reacción al mundo exterior e interior. Por consiguiente, un elemento de la identidad se esconde en cualquier reacción de esta persona al mundo exterior. Una persona tiene derechos sobre su identidad y sus conocimientos, incluso derechos de propiedad. Es el estado que desarrolla y da forma a la naturaleza de los derechos de propiedad. Aunque es muy difícil garantizar derechos de propiedad sobre simples reacciones de otras personas al comportamiento de alguien, existe la posibilidad de garantizar derechos sobre la propiedad (que se acerca a la teoría de LOCKE concerniente a la mano de obra) y sobre la propiedad intelectual, ya que el estado tiene una influencia inmediata sobre estos derechos. Cuando alguien influencia el trabajo de otra persona, para SERVAN el primero debería tener algún derecho sobre este trabajo, puesto que por lo menos un elemento de la identidad de aquel se torna parte del trabajo. Siguiendo esta argumentación, se tiene la impresión que el énfasis

no es sobre la teoría de la propiedad, sino sobre los derechos personales y la esfera privada. El mismo SERVAN no persiste en una argumentación tan individualista. Su preocupación es el ciudadano como sujeto de derecho. El contexto es importante para SERVAN. Él cree que un texto siempre es escrito y que el producto de un contexto y este contexto crea unos derechos especiales sobre la producción del intelecto. Con base en el deber del estado de proteger los derechos de libertad de sus ciudadanos, el estado está obligado a garantizar los derechos de sus ciudadanos sobre una propiedad intelectual sólo si se relaciona con estos derechos de libertad. Por tanto, la obligación del estado de proteger la privacidad de las cartas se debe a la necesidad de garantizar la paz civil. El aspecto de la paz civil es de especial interés, porque los panfletos estaban entre las formas más populares utilizadas por autores anónimos durante la Revolución Francesa⁷⁹. Si el “receptor” de dicho panfleto debía poseer cualquier derecho sobre una respuesta pública como esa, él debía decidir cómo tratarlo, ya que el autor original había escogido el anonimato. De acuerdo con la teoría de SERVAN, el receptor sería el único con derechos de propiedad sobre el texto.

Respecto de la propiedad intelectual actual, podríamos estirar la idea de SERVAN –según la cual cualquier persona involucrada en un diálogo debería tener derechos permanentes sobre el diálogo– para justificar la propiedad limitada sobre un producto del intelecto. Cuando un autor crea un texto o una pintura, sus esfuerzos se basan en el conocimiento obtenido de la sociedad. Por ende, un autor participa de los beneficios por los esfuerzos y el trabajo

79. Loc. cit., 345.

de la sociedad en conjunto. Por tanto, la sociedad puede guardar algún título sobre el trabajo de un autor: los esfuerzos de la sociedad son parte del trabajo del autor a través del conocimiento compartido. Según SERVAN, al autor no se le puede permitir ser el único con derechos de propiedad, sino que debe compartirlos con todas las personas involucradas. Este imperativo está de acuerdo con la función de los derechos de propiedad intelectual. Estos derechos principalmente tienen la función de excluir a los no-propietarios de efectuar acciones como la copia de un trabajo. En principio, las personas más involucradas deben ejercer estos derechos. El derecho de exclusión no puede ser ejercido en contra de las personas que están involucradas en el proceso creativo, ya que ellas tienen el derecho. Por esta razón, el derecho se debilita con el número de personas involucradas, ya que el derecho no puede ser ejercido en contra de ellas, sino tan sólo en contra del resto de la sociedad. Si toda la sociedad en conjunto tiene el derecho sobre un producto del intelecto, no queda nada para el derecho de exclusión, puesto que nadie puede ser excluido en estas circunstancias.

La limitación temporal de los derechos de propiedad intelectual proporciona una manera de entender la propiedad de SERVAN. La sociedad puede ejercer sus derechos sobre cierto producto después de cierto lapso de tiempo. Antes, la persona más estrechamente ligada al trabajo ejerce los derechos sobre el producto. Esta persona esencialmente es el autor, pero puede extenderse al receptor. El estado es responsable por marcar el límite entre quienes poseen el producto, que por tanto están autorizados a ejercer su derecho, y quienes no pueden exigir la propiedad. De

acuerdo con SERVAN, el criterio para otorgar el derecho debería ser la participación en el proceso creativo, mas no el aspecto de una autoría individual.

Podemos aplicar el esquema de Servan a otros trabajos artísticos. Cualquiera o incluso una página de Internet pretende comunicar un mensaje y por ende está dirigida a cierto público-objeto. La aproximación de SERVAN no funciona con los monólogos, por ejemplo con un diario. SERVAN limitó su análisis a las cartas y no tenía consciencia que también podía aplicarse a otros productos del intelecto. Su concepto no funciona para las patentes y las marcas comerciales, puesto que ninguna se dirige a un blanco específico. La aproximación de SERVAN a la propiedad literaria no proporciona un trasfondo teórico sofisticado como las teorías de LOCKE o de KANT, pero muestra aspectos de la propiedad intelectual igualmente interesantes para entender la propiedad intelectual, como las teorías de otros filósofos. SERVAN combina elementos utilitaristas con una teoría del derecho personal. Es de especial interés la idea de reconocer la existencia de una multiplicidad de creadores, es decir de propietarios de un producto del intelecto, que va más allá del entendimiento típico contemporáneo de un autor.

D. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL

En su trabajo *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [*Lineamientos de filosofía del derecho*], publicado por primera vez en 1821, HEGEL trata de hacer un recuento coherente y sistemático de los derechos. Él escribió su libro en una época en que los derechos naturales ya no eran vistos como una autoridad final satisfactoria, provocando así una revisión crítica del

entendimiento del derecho natural⁸⁰. Su teoría es un intento para explicar el derecho a partir de una realidad empírica sin reducir las normas a hechos.

1. *Lineamientos básicos de la teoría de HEGEL*

HEGEL explora y moldea el concepto de libertad y voluntad, mientras lo encaja en un contexto social. Se preocupa por el problema de cómo se puede realizar la libre voluntad. “Voluntad” implica toda la personalidad en su relación consciente con el entorno, al que la voluntad está prácticamente entregada⁸¹. HEGEL diferencia dos elementos de la voluntad. El primero es el elemento de la pura reflexión de sí mismo (§ 35)⁸². No se trata del conocimiento de un pensamiento en particular, sino de un pensamiento en general. El segundo elemento es el objetivo de la voluntad. La voluntad se dirige directamente a algo; no puede existir sin un objetivo. Apenas existe un objetivo, se puede diferenciar algo del resto. Para HEGEL, lo anterior encierra al mismo tiempo una restricción; cuando una persona quiere algo, siempre es específico. Por el contrario, sin esta especificación, es imposible querer algo, por ende, tener una voluntad, ya que tener una voluntad requiere el estatus de querer algo.

“Libertad” es el concepto de mayor valor en la teoría política de HEGEL. La libertad real sólo se consigue, para un individuo concreto, mediante la unificación

de la libertad objetiva y subjetiva. Para HEGEL, el derecho es un elemento esencial de la libre voluntad. Constituye el marco institucional en el que el individuo puede ejercer sus derechos legítimos y en el que el individuo puede actuar libremente (libertad objetiva). La actividad autónoma de los individuos (libertad subjetiva) depende de este marco. Por el contrario, este marco depende de las actividades de los individuos. La libertad sería imposible, si los humanos no pudiesen acumular y disponer de los activos necesarios para defender su concepción de derecho y de buen vivir⁸³. Sin el derecho, la realización de la libertad sería imposible. La filosofía de HEGEL no funciona sobre un único derecho individual. La libertad existe solamente en un sistema de derechos recíprocos, garantizados mutuamente entre los individuos. HEGEL introduce el concepto de derecho en el § 3, al afirmar que el derecho es positivo:

La ley, si hablamos con propiedad, es el derecho, o la libre voluntad, que se torna positiva⁸⁴.

El derecho es positivo siempre y cuando corresponde a la libre voluntad y a la libertad del individuo, en comparación con el entendimiento del derecho positivo en el positivismo legal. La libertad es al mismo tiempo esencia del derecho y su objetivo, mientras que el sistema de derechos es el reino de la libertad concretizado⁸⁵. Solamente los individuos libres pueden ser

80. MALETZ en DAVID LAMB. *Hegel*, 1998, 202.

81. GYÖRGY MARKUS. “Political Philosophy as Phenomenology: On the Method of Hegel’s Philosophy of Right”, *Thesis Eleven* 48 (1997) 1, 7.

82. GEORG WILHELM FRIEDERICH HEGEL. *Philosophy of Right*, 1967. Todas las referencias del texto pertenecen a la *Filosofía del Derecho* de HEGEL, a menos que se especifique de otra manera.

83. KNOWLES en LAMB (nota 80), 417.

84. MALETZ en loc. cit., 218.

85. HEGEL (nota 82), 20.

sometidos a la ley. Para HEGEL, tener el derecho significa ser una persona. Es la personalidad lo que involucra la capacidad de tener derechos⁸⁶.

En este concepto de ley, personalidad y sus nexos con la libre voluntad, HEGEL desarrolla su entendimiento de la propiedad. En un contexto social, alguien es reconocido como una persona, en virtud de su habilidad para establecer el contenido de su propia voluntad. Una persona puede ser reconocida, si los terceros reconocen su libre voluntad. Para ello, se requiere de una esfera externa de libertad⁸⁷. En esta esfera, otros individuos pueden ver la fuerza de una voluntad y su libertad, si la voluntad de alguien ordena ciertas cosas, que también podrían ser ordenadas por la voluntad de otro. Por tanto, una personalidad necesita la propiedad para formar una existencia en el mundo⁸⁸. HEGEL explica cómo la estructura de los sistemas regulados por la propiedad deriva sus concepciones de los humanos como personas, por ejemplo, como poseedores de una voluntad⁸⁹.

Una persona debe traducir su libertad en esfera externa, para existir como Idea⁹⁰.

Por ende, HEGEL puede declarar en el § 51 que “la propiedad es la personificación de la personalidad”. Apenas una persona pone su voluntad en algo, se aplica la propiedad.

Ya que la propiedad es una expresión de la autodeterminación de la voluntad, no puede ser dividida. Ser propietario significa

poseer algo en su integridad. Nada puede sobrar, para que lo posea alguien más⁹¹. De ser así, no sería propiedad, puesto que su naturaleza es ser “libre y pleno”⁹².

No hay predeterminación acerca de lo que puede y no puede ser objeto de propiedad:

Una persona tiene, como propósito sustantivo, el derecho a poner su voluntad en todas y cada una de las cosas, y así las hace suyas, porque ellas no tienen por sí solas dicho propósito, y su destino y su alma se derivan de la voluntad de la persona. Éste es el derecho absoluto de apropiación que el hombre tiene sobre todas las “cosas”⁹³.

Lo anterior incluye a todas las cosas objetivas. Una entidad subjetiva, por ejemplo un individuo, no puede tornarse propiedad. También es existencial tener la habilidad de alienar la propiedad, siempre y cuando el objeto en cuestión es una cosa externa por naturaleza⁹⁴. De nuevo, la alienación muestra la libertad de la voluntad a través de la propiedad.

2. *Propiedad intelectual*

HEGEL continúa con la aplicación de su teoría de la propiedad a la propiedad intelectual. Mientras que sus lineamientos generales de la teoría de la propiedad raramente son ilustrados con ejemplos generales, a menudo él da ejemplos tomados del ámbito de la propiedad intelectual. Incluso en los comentarios y las adiciones a la Filosofía del Derecho, los ejemplos

86. Loc. cit., § 36.

87. Loc. cit., § 41.

88. El concepto de personalidad es muy complejo; cfr. GEORG W. F. HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1996, primera publicación en 1821, §§ 35, 36. La propiedad es una

relativos a la propiedad intelectual ocupan un lugar relativamente amplio.

Cómo la propiedad intelectual entra al mundo, se explica en el § 43. La posesión de cuerpo y mente, alcanzada mediante la instrucción, el estudio y la costumbre, existe como una propiedad hacia adentro de la mente. La mente debe externalizarse antes de que se pueda aplicar el concepto de propiedad a lo externalizado:

Los logros, la erudición, los talentos, y así sucesivamente, sin duda, son posesiones de una mente libre y son algo interno a ella, no externo; pero aún así, al expresarlos, ella puede incorporarlos en algo externo y alienarlos..., y de esta manera ellos entran a ser parte de la categoría de las “cosas”⁹⁵.

Entonces, es el proceso de externalización de la mente lo que crea un objeto de la propiedad intelectual. No es necesario aplicar la voluntad a este objeto para poseerlo, puesto que el proceso de creación en sí es suficiente para aplicar la voluntad al objeto. Puesto que no existe límite a lo que puede y no puede ser objeto de

propiedad, cualquier cosa puede tornarse objeto de propiedad intelectual. Dados los inventos técnicos actuales, también los planos de las formas de vida animal pueden tornarse objeto de propiedad intelectual⁹⁶. Sin embargo, algo que ya fue externalizado no puede ser el producto de la mente y por ende no puede ser objeto de propiedad intelectual. Cuando HEGEL niega que el lenguaje de las señas es objeto de propiedad, esto se debe al hecho de que las señas ya existen en la sociedad. Ellas no son producto de una mente en particular, porque la mente tan sólo las usa⁹⁷.

LOCKE y HEGEL, ambos afirman que es el individuo quien crea el trabajo⁹⁸. LOCKE hace énfasis en la mano de obra, que debe ser invertida para crear la propiedad. Para HEGEL, es la voluntad que se manifiesta mediante la producción de un bien. La voluntad debe externalizar su talento para crear algo de valor. Incluso si la mano de obra juega un papel crucial en la teoría de HEGEL, tan sólo juega un papel secundario en la creación de la propiedad intelectual⁹⁹. HEGEL explica el concepto de mano de obra como algo que se aplica a la materia

condición de la personalidad. No exploraré los demás aspectos de la personalidad, ya que no es necesario aquí para examinar la propiedad.

89. KNOWLES en LAMB (nota 80) 408.

90. HEGEL (nota 82), § 41.

91. Loc. cit., § 61.

92. Loc. cit., § 62.

93. Loc. cit., § 44.

94. Loc. cit., § 65.

95. Loc. cit., § 43.

96. Cfr. DRAHOS (nota 29), 78.

97. Cfr. HEGEL (nota 88), enmiendas hasta § 68. HUGHES lee a HEGEL asumiendo que sólo hay un tipo de propiedad intelectual que incorpora la personalidad, más exactamente los trabajos artísticos, que son vistos como expresiones particularmente cercanas de la personalidad. Cfr. HUGHES (nota 38), 340. Sin embargo, esta asunción es incorrecta. Cuando HEGEL habla de la propiedad como personificación de la personalidad, no solamente se refiere a los productos artísticos.

98. En oposición a FOUCAULT, como veremos luego.

99. KNOWLES en PETER DRAHOS. *Intellectual Property*, 1999, 194. KNOWLES aplica, sin éxito alguno, la dialéctica del Dueño-Eslavo. Cfr. también HEGEL. *Phänomenologie des Geistes*, §§ 193, 194.

prima, proporcionada por la naturaleza¹⁰⁰. No es claro si la producción de un bien del intelecto involucra productos naturales. Sin embargo, no habría ninguna diferencia si la mano de obra estuviese involucrada o no: el creador podría reclamar la propiedad en ambos casos.

Después de la externalización de los talentos, el creador goza de una propiedad libre y plena sobre su creación (§ 62). La propiedad intelectual puede ser abandonada por voluntad, pero para ser abandonada, debe ser externalizada primero. Es tan sólo en el sub-capítulo C, cuyo título es “Alienación de la Propiedad”, que HEGEL mira de cerca la propiedad intelectual.

Lo que ocurre a una creación, depende de su creador. Si éste la vende, entrega completamente la propiedad en las manos de su contraparte:

Si el uso total y completo de algo fuese mío, mientras que la propiedad abstracta supuestamente es de alguien más, entonces el objeto considerado mío sería invadido completamente por mi voluntad, y al mismo tiempo quedaría en él algo impenetrable para mi, más exactamente la voluntad, voluntad vacía, de otra persona. [...] –una contradicción absoluta. Entonces, la propiedad es esencialmente libre y plena¹⁰¹.

Éste es un orden extraordinario en la aproximación de HEGEL a la propiedad intelectual, pero tan sólo es una consecuencia lógica de su entendimiento de

la propiedad¹⁰². Seguiría que si el creador vende una creación, él no puede conservar ningún derecho sobre el objeto. Sólo puede venderlo integralmente. El nuevo propietario será libre de copiar un libro comprado, ya que goza de una propiedad plena y libre. Puede hacer con el texto lo que quiera, de acuerdo con sus derechos de propiedad:

Pero además de eso, el nuevo propietario al mismo tiempo [al tomar posesión] entra en posesión de los métodos universales de expresarse y de numerosas otras cosas del mismo tipo¹⁰³.

Lo anterior no satisface a HEGEL. El resultado sería el fin para casi cualquier derecho de autor. Con la aplicación del concepto de valor de un objeto, él intenta superar este resultado. Para HEGEL, el valor es la valía de algo, comparado con otras cosas, y tiene un componente social fuerte. En el § 63, HEGEL declara que el propietario de un objeto es *eo ipso* propietario de su valor, así como de su uso. Esto aplica también a los objetos intelectuales, con una diferencia importante: ellos no tienen un solo mérito, que es el valor del mero material, así como se especifica al interior de la sociedad. HEGEL explica en el § 69 por qué este no es el caso de los productos del intelecto:

Ya que el propietario de este producto, al poseer una copia de él, posee integralmente el uso y el valor de esa copia por ser un objeto individual, él tiene la propiedad plena y libre sobre esa copia, por ser un objeto

100. Cfr. HEGEL (nota 82), § 196.

101. Loc. cit., § 62.

102. Por tanto es inexplicable por qué DRAHOS, en su interpretación de HEGEL, explica el efecto de la voluntad y de la externalización, pero no menciona el efecto de la propiedad libre y completa. Cfr. DRAHOS (nota 29).

103. Cfr. HEGEL (nota 82), § 68.

individual, incluso si el autor del libro o el inventor de una máquina sigue siendo el propietario de los medios y maneras universales de multiplicar dichos libros y máquinas, etc. Por ser medios y maneras universales de expresión, no necesariamente él los ha alienado, sino que puede reservarlos para sí mismo, como medios de expresión que le pertenecen¹⁰⁴.

En los comentarios al § 69, HEGEL habla explícitamente de dos valores, mientras que el valor adicional de la propiedad intelectual es el derecho de autor¹⁰⁵. Alguien puede gozar de propiedad plena y libre *incluso sin tener* los derechos de autor, porque el nuevo propietario no necesita el segundo valor, el derecho de autor. Por tanto, el creador original puede conservar el segundo valor.

Para HEGEL, un libro impreso representa dos valores. El segundo valor no se vende con tan sólo una copia del libro. Si alguien vende un libro, quiere ganar no solamente el primer valor, sino también el valor de sus ideas en dinero. Una reimpresión ilegal evita que el autor obtenga el valor completo del libro vendido. De acuerdo con HEGEL, el segundo valor depende del gusto y de la inversión en dinero del público. Por ende, HEGEL pone el derecho a la propiedad intelectual en el mercado. No le preocupan los aspectos literarios y estéticos de una creación. Un valor estético no tiene ninguna importancia en su teoría de la propiedad (por lo menos, no aquí).

HEGEL también investiga el caso del plagio. El correcto uso de un producto de la mente es leerlo, como es el caso de la propiedad literaria. Dada la situación que el lector puede producir algo, que contiene los pensamientos el autor original, HEGEL declara que el autor original puede reclamar los derechos de propiedad sobre la nueva producción, pero no en todos los casos. HEGEL introduce ahora la forma, que puede cambiar el estatus de ser una simple repetición de un trabajo anterior, a algo que es el producto propio del nuevo creador, incluso si usa pedazos de información del trabajo anterior. Depende de cuánta creatividad aplicada al trabajo original ejerce una influencia sobre la producción del nuevo bien, por ejemplo, la re-formación. En el § 68, él declara que cualquier reproducción artística, puesto que es el trabajo de otro artista, necesariamente debe contener tantas características individuales que no puede ser visto como una propiedad del pintor original. Por otra parte, la forma de un libro es mecánica. Por tanto, la reimpresión de un libro no puede volverse una nueva pieza de arte. De acuerdo con KANT, no es una reproducción artística.

Demuestra que HEGEL piensa en términos de proceso práctico de generar una obra. Sin embargo, especialmente para trabajos científicos, sería bastante difícil producir algo que no se fundamente en textos anteriores.

Las implicaciones legales para este resultado son diferentes. La forma es indi-

104. Loc. cit. (nota 82), § 68.

105. HEGEL (nota 88), enmienda al § 69: Es ist zweierlei Bestimmung, – Benutzung, – was ist die direkte Bestimmung des Verkaufs eines Exemplars? Verkauft nur das, was und insofern es Gedanken vorstellt – diesen Wert, – nicht den andern Wert, der die Vervielfältigung in sich schließt – dieser Wert ein weiteres Vermögen[...].

vidual para cualquier obra de producción mental. HEGEL declara que sería imposible dar un principio preciso de determinación para la forma:

Hasta dónde tal repetición del material de alguien en el libro de alguien más es plagio? No existe un principio preciso de determinación para responder estas preguntas, y por tanto ellas no pueden ser definitivamente contestadas en principio, ni por la legislación positiva. Entonces, el plagio debería ser un asunto de honor y debería ser controlado por el honor¹⁰⁶.

Para evitar una aplicación errática o impredecible de las reglas legales, cualquier copia ligeramente diferente debe ser vista como una nueva forma. Para HEGEL, evitar el plagio debe ser un asunto de honor, incluso si no es una fuerza muy convincente.

Se podría pensar que HEGEL ofrece la solución de la protección a través del honor porque su teoría trata de un nivel tan racional y universal, que él no se preocupa por una solución para un caso individual. De hecho, le interesa cualquier caso particular; de otra manera, no trataría de encontrar un principio que en últimas defina el problema. Pero ve la insuficiencia de cualquier principio para proporcionar una norma decisiva, así como tan sólo una sanción, en el nivel aplicativo. Ya que para él ni la ley, ni ningún otro principio puede proporcionar una solución justa en general, se opone a la aplicación de toda norma legal. Cualquier norma legal impuesta tendría una aplicación aleatoria, lo que no solamente es injusto, sino que también se opone a las características de las normas legales. Dado que no

puede garantizar la misma aplicación bajo las mismas circunstancias, en esta situación él prefiere otro concepto, más justo.

Adicionalmente, él puede haber escogido la idea del honor porque cabe perfectamente en el desarrollo del derecho de autor, lo que puede ser demostrado en la historia del derecho de autor para las piezas musicales. En el siglo XVI, era muy aceptada la idea que una pieza musical pudiese ser reproducida sólo al nombrar el autor. Se veía como una falta de honor para una persona reclamar la composición de alguien más como si fuese una composición propia. Por ende, era un asunto de honor aceptar y hacer público el nexo entre un trabajo y el nombre de su compositor¹⁰⁷.

La idea de evitar el plagio con la ayuda del concepto de honor no convence. HEGEL desarrolla, con su teoría, un fuerte principio para sus comentarios sobre el plagio, mientras que el concepto de honor merodea libremente como un valor moral por encima de su anterior teoría. La protección moral no sería un problema, si él no impusiese únicamente al honor la tarea de controlar el plagio. En la misma frase, él rechaza la idea que la ley podría cumplir esta función, porque ninguna regla general puede ser aplicada. Incluso si HEGEL acepta una legislación contra la copia de libros, no la acepta para garantizar el (segundo) valor. Es consciente del valor limitado de una ley para los derechos de autor sin que exista una ley contra el plagio. A pesar de ello, él no puede aceptar una ley contra el plagio, porque estaría sujeta a una interpretación indeterminada¹⁰⁸.

Respecto del tiempo limitado antes de que venza un derecho sobre un producto

106. HEGEL (nota 82), § 69.

107. POHLMANN 1963, (nota 8), 41.

del intelecto, HEGEL da un motivo en particular por el que la propiedad intelectual debería devenir parte del dominio público. Para poseer algo, la voluntad es un elemento necesario. No obstante, la voluntad es determinada a través del uso, empleo u otros eventos en el tiempo. Sin una voluntad activa, el objeto cae en lo común. HEGEL no excluye cosas, las cuales existen tan sólo a través de la actividad de una persona. Todas las cosas pueden perderse a causa de la duración limitada de la propiedad. En el § 64, él habla de dos formas de propiedad intelectual: el derecho de un estado sobre los monumentos conmemorativos públicos y la propiedad privada, que una familia de un autor heredó sobre sus publicaciones. De éste último, podemos deducir que mientras un autor esté vivo, él goza de derechos plenos sobre sus publicaciones. También parece crucial para HEGEL en este contexto que un autor pueda cambiar su trabajo en tantas partes como quiera, siempre que esté vivo (§ 64 comentarios). La razón para ello es que mientras el autor esté vivo, su voluntad es manifiesta.

HEGEL también aplica su concepto de necesidad de una voluntad constante a la propiedad de una nación sobre monumentos públicos. Sin la memoria de una nación y de la gente, el estado perdería su derecho sobre los monumentos públicos. La voluntad decreciente es una razón para perder el derecho de la propiedad privada sobre el trabajo heredado del autor:

Si [los monumentos conmemorativos públicos] pierden [el espíritu de la memoria y

del honor], en este sentido ellos se tornan *res nullius* [...]. El derecho a la propiedad privada que la familia de un autor tiene sobre sus publicaciones, muere por razones similares; publicaciones tales se tornan *res nullius* en el sentido que como los monumentos conmemorativos públicos, aunque en sentido opuesto, ellos devienen propiedad pública, y al tener copiado su manejo específico de su propio asunto, la propiedad privada de cualquiera¹⁰⁹.

Como segunda razón, también es la adaptación de la sociedad lo que mejora el proceso. Después de cierto tiempo, el asunto se torna familiar para todo el mundo. Ésta es una característica típica de la información. Se difunde todo alrededor, pero no puede perder sus características, porque, si así fuera, sería una información diferente¹¹⁰. Todo el mundo se apropia del asunto, así que se torna parte de la memoria de la sociedad. HEGEL no quiere decir que ahora todo el mundo tiene un derecho de autor sobre el asunto. De otra manera, la propiedad privada de cualquiera sería una expresión contradictoria. Pertenece al conocimiento compartido en la sociedad, y negar a los individuos que utilicen el asunto, por ejemplo la obra, sería igual a negar la cultura. Ésta es la razón por la que incluso el fortalecimiento vigoroso de los derechos de propiedad intelectual mediante la confianza de los autores contemporáneos, que es una clara expresión de voluntad, no puede evitar que la propiedad intelectual se vuelva parte del común. Sin embargo, para HEGEL este proceso requiere

108. HEGEL (nota 82), § 69.

109. Loc. cit., § 64.

110. Por esta razón, la información se compara con los virus y las formas de vida orgánica. Es difícil abstenerse de difundir la información. "La información quiere ser libre".

de bastante tiempo, y no puede ocurrir antes de la muerte del autor. Hasta su deceso, la voluntad de un autor no puede ser desautorizada. Luego, es el lento proceso de apropiación que supera incluso un derecho de autor perseguido.

La disminución de voluntad se opone a la interpretación de la aproximación de Locke, quien no ve la necesidad de que un trabajo se torne parte del dominio público mientras las condiciones sean garantizadas. La aproximación hegeliana usa la disminución de voluntad para cambiar el estatus de un trabajo, que de trabajo de propiedad individual y protegido, pasa a ser trabajo que es parte del dominio público.

Los objetos del derecho de autor hegeliano gozan de muy poca protección. Siempre que el propietario original no es despojado del segundo valor, los individuos pueden usar sus copias de un producto del intelecto para lo que la propiedad libre y plena permita. El ámbito de lo que un propietario siguiente puede hacer con esta propiedad depende del concepto del segundo valor.

Varios ejemplos pueden ilustrar el problema de definir el concepto de segundo valor. Alguien podría hacer reingeniería del código fuente de un software, lo que está prohibido en la legislación actual. Es más problemático, por ejemplo, con una licencia OEM, que permite el uso del programa de software solamente a un computador específico. Imaginen el caso en que el comprador del paquete de software instale el programa en el computador de su casa y también en el computador de su oficina. Será que eso viola la condición de compra, que sería inválida en virtud de la propiedad plena y libre, o bien viola el segundo valor del programa? Desafortunadamente, HEGEL proporciona dos maneras para definir

el contenido actual del segundo valor. Primero, dice que el valor corresponde a la inversión hecha, tanto en tiempo como en dinero (§ 58 comentarios). Por otra parte, dice en los comentarios al § 64 que el valor depende de la venta y del gusto del público.

Si aplicamos la primera definición de valor, ésta indicaría un uso limitado hasta que el propietario del segundo trabajo recobre su inversión. Luego, el trabajo sería libre y no podrían establecerse limitaciones a su reproducción, incluso si la voluntad puede otorgarle al autor unos derechos morales. Tampoco nos sirve la segunda definición, que hace que el valor dependa de las ventas y del gusto del público. Ésta transformaría el segundo valor en una variable permanente comparado al segundo valor fijo de la primera aproximación, pero tampoco podría aclarar si el propietario del software viola los derechos del creador o no. Para una definición del valor, sus fronteras deben ser claras, en caso contrario la definición es inútil. La segunda definición no aclara cuándo se afecta el valor y cuándo no se afecta.

3. HEGEL: resumen

HEGEL tiene un concepto muy amplio de los productos del intelecto, incluso de los inventos. Con su aproximación, casi cualquier producto de la mente puede ser legalmente protegido. El estado puede poseer monumentos públicos y su valor intelectual. Se excluyen aquellas cosas (él clasifica los productos mentales como cosas, lo que no tiene una implicación filosófica sino legal), que ya son conocidas para el público (por ejemplo, externalizadas a través de alguien más). Si un producto del intelecto es simplemente una reproducción

de una idea que alguien expresó antes, el creador anterior es propietario también de la reproducción.

Su teoría explica la creación de la propiedad intelectual incrustada en su teoría filosófica de la voluntad libre. También explica cómo alguien puede vender un objeto sin vender también el valor intelectual implícito. Además, su aproximación es útil para entender el límite temporal de los derechos de propiedad sobre los productos del intelecto, y se extiende a la pregunta de por qué el derecho sobre el trabajo de alguien no puede terminar antes de su muerte. Esto explica porque algunos trabajos, que pueden volverse parte de la cultura general en pocos días, aún son protegibles. Por otra parte, él no aclara el alcance de la protección; además, habla de instrumentos inútiles para la protección y prevención, tales como el instrumento ético históricamente interesante que es el honor. La protección se pierde apenas el producto sufre unas modificaciones menores o si la copia requiere esfuerzos artísticos propios. HEGEL tampoco nos da una descripción entendible de plagio y de trabajos modificados. Pareciera que su entendimiento de las pinturas y otros trabajos en el contexto del plagio ha sufrido la fuerte influencia del debate acerca del autor, que tuvo lugar dos décadas antes de que él escribiera su obra, como se explicó anteriormente. Tal vez, tendría una opinión diferente acerca de cuánto esfuerzo artístico nuevo debe ser invertido para generar una copia de una pintura, si hubiese conocido el invento de la máquina fotocopidora. Sin embargo, es probable que sea la aproximación más completa hacia una teoría de la propiedad

intelectual, que podamos encontrar hasta el día de hoy.

E. MICHEL FOUCAULT

Las teorías de la propiedad de HEGEL, KANT y LOCKE se basan en un fuerte nexo entre el autor y su obra. La voluntad del autor o bien sus esfuerzos le dan el derecho a poseer su trabajo. La sociedad juega un papel secundario. FOUCAULT proporciona una manera diferente de entender el papel de la sociedad sobre la propiedad intelectual y los nexos entre el autor y su trabajo; él hace énfasis en el rol de la sociedad y disminuye la importancia del proceso creativo. En su ensayo *Qué es un autor?*, publicado por primera vez en 1977, FOUCAULT no menciona el término “propiedad intelectual” una sola vez. Por el contrario, se preocupa por la relación entre un texto y su autor, lo que de hecho puede tener un impacto sobre una teoría de la propiedad intelectual.

1. *Definir la función de un autor*

FOUCAULT diferencia entre el análisis socio-histórico de la personalidad del autor y el problema de construir un autor-función. Mientras que el primero es importante para el discurso literario, el segundo tiene un impacto jurídico¹¹¹.

El elemento autor-función es el elemento esencial del ensayo de FOUCAULT. Simplemente, el autor-función es el proceso mediante el que el nombre de un autor se aplica a un texto. El autor-función sirve “para caracterizar una determinada manera de ser del discurso”, mientras que

111. BRAD SHERMAN y ALAIN STROWEL. *Of Authors and Origins: Essays on Copyright Law*, 1994, 10.

FOUCAULT compara el nombre a una marca comercial¹¹². Según él, el autor-función no funciona con el nombre de un autor solamente para indicar calidad. El nombre cumple la función de mandar una señal a la sociedad, al indicar que algo debe ser recibido de cierta manera. Usualmente, el nombre demuestra el estatus de cualquier discurso en una sociedad y en una cultura. Por ende, también el trabajo al que el nombre ha sido aplicado debe recibir cierto estatus¹¹³. El autor-función otorga a un trabajo el momento privilegiado de la individualización de las ideas¹¹⁴; es el momento de la clara consciencia de la idea y su realización en comparación con otras.

FOUCAULT compara el papel de un autor entregado a las artes con el papel de un autor en las ciencias. En las ciencias, el autor no tiene ninguna función particular, porque el valor del trabajo depende únicamente del valor científico del trabajo mismo. Sin embargo, en las artes es el autor y el nombre del autor lo que domina el valor del trabajo. De acuerdo con FOUCAULT, esta condición no ha sido la misma en el trascurso de los últimos siglos. En la Edad Media, el valor de una teoría científica dependía de su autor. El ejemplo indica que FOUCAULT no considera el autor-función como fijo. Para él, es una variable por dos razones; primero, el modo general de aplicación de un autor-función puede cambiar en el tiempo; y segundo, el estatus de un trabajo individual puede clasificarse de manera diferente en el tiempo.

Para FOUCAULT, el autor tiene la función de un transmisor de ideas de la sociedad.

Ya que no es el autor quien crea su propia propiedad, sino la sociedad, él depende de la opinión de la sociedad. La propiedad de un autor sobre su trabajo es frágil.

FOUCAULT reduce, para un trabajo, la importancia del rol del creador original, en beneficio del papel de la sociedad. Cuando FOUCAULT habla del autor-función, se refiere a algo que la sociedad aplica a un texto. El autor no es capaz de aplicar el autor-función a un texto por sí solo, incluso si el autor es el único que podría ser atado a él. No se requiere de mucho esfuerzo para aplicar el autor-función. Incluso si FOUCAULT no explica este proceso en mucho detalle, podemos imaginar que existe en la sociedad un entendimiento de este proceso. Por ejemplo, el nombre impreso en la carátula de un libro puede ser suficiente. Para FOUCAULT, el autor puede crear un trabajo, pero no lo antecede:

El autor no es una fuente indefinida de significados para llenar el trabajo; [...] él es cierto principio funcional mediante el cual, en nuestra cultura, alguien limita, excluye y escoge; en pocas palabras, mediante el que alguien impide la libre circulación, la libre manipulación, la libre composición, descomposición, y recomposición de la ficción¹¹⁵.

Esta explicación debería ser suficiente para alentar la sociedad a hacer uso del autor-función.

Mientras que para HEGEL y LOCKE el trabajo intelectual entra a existir únicamente en virtud de la creación, FOUCAULT

112. MICHEL FOUCAULT. "What is an Author?", en *Textual Strategies: Perspectives in Post-Structuralist Criticism*, JOSUË V. HARARI (ed.), 1979, 147.

113. Loc. cit., 147.

114. Loc. cit., 141.

115. Loc. cit., 159.

supone un segundo acto. El segundo acto consiste en aplicar el autor-función, lo que sólo puede hacerse dentro de la sociedad y a través de ella. La aproximación de Foucault es un punto de ruptura extraordinario, puesto que implica que no es solamente el autor quien crea la propiedad intelectual. Está por fuera de las manos del individuo si alguien crea algo que podría ser propiedad intelectual o no. La sociedad define lo que es propiedad intelectual simplemente mediante la aplicación del autor-función, incluso sin la aplicación de la ley.

Por tanto, podemos estimar la importancia de la sociedad, especialmente en un contexto intercultural. Es posible que un público occidental contemporáneo no comprenda el carácter artístico de una pieza de teatro japonés KABUKI o no reconozca el valor de una pintura africana. Viceversa, es difícil que a los pueblos indígenas les guste una pieza de Moliere, incluso sin haber sido expuestos a la cultura occidental¹¹⁶. Por ende, el contexto de la sociedad eleva una obra de arte al estatus de ser una obra de arte.

FOUCAULT se preocupa también por la idea de un “trabajo”¹¹⁷. Según él, cuando una sociedad reconoce el nexo entre un trabajo y un autor, se crea un trabajo. “Texto” y “trabajo” tienen usos y significados diferentes. Sin aplicar un nombre a un texto, éste no tendría ningún valor para la sociedad. Además, ni siquiera sería un trabajo. La aceptación de alguien como un autor, por sí sola no es suficiente:

Incluso cuando un individuo ha sido aceptado como un autor, aún debemos pre-

guntar si todo lo que él ha escrito, dicho, o dejado atrás es parte de su trabajo¹¹⁸.

Antes de que esto ocurra, el trabajo puede haber sido un texto escrito. Pero, un texto por sí solo no puede ser visto como una pieza de arte. FOUCAULT da ejemplos de textos, que usualmente son clasificados como un ‘trabajo’ o no. Mientras que un poema es algo que puede ser visto como un trabajo, una lista de ropa para lavandería no tiene el mismo estatus. Lo mismo aplica no solamente al estatus de un texto en general, sino también a sus fronteras—donde comienza y donde termina. Mientras que algunos pasajes borrados pueden ser vistos como parte del trabajo, otros son vistos como un producto parcial, sin ninguna posibilidad de ser clasificado como parte del trabajo. En este momento, la ley se torna también un objeto. Cuando FOUCAULT habla del momento privilegiado de la individualización de las ideas, se refiere al momento en el cual la ley obtiene un objeto suficientemente especificado para proteger, incluso si se trata de una lista de ropa para la lavandería.

Por esta razón, una teoría de la propiedad intelectual basada en FOUCAULT no necesita de unos criterios objetivos para definir la frontera invisible entre una idea y la expresión de una idea. La definición puede contar solamente en la opinión de la sociedad y arrojar una decisión caso por caso. Como una teoría funcionalista, esta aproximación garantiza el correcto resultado para la definición de propiedad intelectual, sólo con la ayuda de procedimientos discursivos. La aproximación de

116. PALMER (nota 17), 848.

117. FOUCAULT (nota 112), 143.

118. Loc. cit., 143.

FOUCAULT se aprecia cercana a las teorías de HABERMAS o LUHMANN. Ninguno de los dos se preocupa mucho por el *input*, pero cuenta con el proceso correcto para obtener el resultado correcto. Para FOUCAULT, es el proceso de aplicación del autor-función. Es lo contrario de la teoría de HEGEL, quien ve el acto crucial de creación como dado y realizado por el autor.

Según FOUCAULT, no solamente es necesario que un texto tenga un autor, sino que también tiene que ser publicado antes de que se torne un trabajo. En su opinión, no todos los textos pueden ser vistos como trabajo. Llevar el texto a un discurso para el reconocimiento de la sociedad, establece y forma el trabajo. El proceso de edición antecede la aplicación del autor-función:

Una carta particular puede tener un signatario –no tiene un autor; un contrato puede tener un garante– no tiene un autor¹¹⁹.

Sin embargo, no importa en qué contexto el texto aparece por primera vez. Así que el acceso público a un texto puede ser visto como una pre-condición para la aplicación del autor-función. Por esta razón, Foucault probablemente es el único filósofo que niega el derecho de autor a una carta. Ya que la sociedad aplica el autor-función, debe tener acceso al texto. Por consiguiente, una carta particular no alcanza el estatus de trabajo. Lo anterior no significa que una carta particular no puede ser protegida por ley: apenas alguien publica la carta, la sociedad le puede aplicar el autor-función

y así se alcanza la protección legal de la carta. Adicionalmente, otras leyes pueden ayudar a proteger la esfera privada de una carta: no es necesaria la legislación de los derechos de autor.

FOUCAULT no lleva este punto hasta las preguntas legales, pero podemos ver las funciones de las marcas comerciales, más exactamente la distinción y la identificación, que están detrás del nombre del autor y del autor-función¹²⁰. Es interesante ver que el motivo recurrente de los signos tribales se refleja en el autor-función. Así como el nombre del autor, el signo tribal carecería de significado sin el reconocimiento de la sociedad (las tribus). Otros filósofos no atribuyen ninguna función particular al nombre, pero consideran la aplicación del nombre al trabajo como un producto parcial del mismo proceso de creación. En una teoría que interpreta la voluntad o la mano de obra del autor como los elementos que justifican la propiedad intelectual, el nombre del autor es insignificante. Un signo distintivo no sirve en un mundo con un ser humano solamente. Así, el nombre del autor adquiriría significado también bajo esas circunstancias y la propiedad intelectual no existiría. Para LOCKE y HEGEL, esto no haría ninguna diferencia: el creador de un texto poseería ese texto incluso si fuese la única persona en el mundo. FOUCAULT tiene una óptica diferente, y una mirada a nuestro mundo actual respalda su aproximación. La relación autor-función es institucionalizada en nuestro sistema de productos de la cultura

119. Loc. cit., 148.

120. La importancia de un nombre fijado se remonta en la historia; por ejemplo, el edicto francés de 1551 afirmaba que era prohibido imprimir un texto sin fijar el nombre del autor. El nombre del autor no solamente sirve en un discurso; también se ha usado como un arma contra la avanzada de los textos heterodoxos. Hasta cierto punto, es posible decir que la idea del autor individualista como el portador de los derechos de propiedad, fue introducida como un instrumento de regulación monárquica. Cfr. SHERMAN y STROWEL (nota 110), 18.

del *marketing*. Cada gran nombre, tales como ERROL FLYNN o DIEGO VELÁSQUEZ, se torna una especie de nombre marca¹²¹.

El ensayo de FOUCAULT revela unas diferencias entre los sistemas de derecho anglosajón y europeo continental, los cuales resultaron ser bastante similares respecto del elemento faltante de un autor-función¹²². El sistema continental europeo hace énfasis casi enteramente en el proceso de creación; una teoría que se basa en la personalidad constituye el fundamento del derecho de autor alemán y francés¹²³. La aproximación llevó la invención de los derechos morales, ejercidos por el autor. Por el contrario, el derecho de autor anglosajón nunca reconoció el estatus de un escritor como autor. Para FOUCAULT, esto no establece una diferencia, ya que ambas aproximaciones no reconocen el papel de la sociedad en el proceso de cambio del estatus de un texto al estatus de trabajo.

El papel de la sociedad lleva a algunos autores a identificar una “apreciación defectuosa” de la relación entre artista, obra de arte y público sobre los derechos morales¹²⁴. Porque es del público que una obra de arte depende para su existencia continua, más no del artista. Aunque la sociedad juega un papel importante, FOUCAULT no niega al artista el derecho de influenciar la percepción de su trabajo al interior de la sociedad. Por cierto, incluso podría ser menester del artista insistir en una percepción específica para cambiar la postura de la sociedad hacia su obra de arte. La condena de los derechos morales no

puede deducirse del ensayo de FOUCAULT. Ellos no entran en conflicto con esta aproximación.

2. FOUCAULT: resumen

En su ensayo, FOUCAULT no va más allá de la construcción del autor y el trabajo. FOUCAULT habla del autor solamente en un contexto literal, pero su teoría aún puede ser extendida a todo el área de los derechos de autor y las marcas comerciales. Todos los trabajos en esta área tienen el estatus de ser reconocidos con un creador particular, sea un artista o una empresa. Por tanto, puede aplicarse un autor-función modificado (respecto de otros artes). El derecho de patentes puede fracasar, ya que la sociedad no reconoce el inventor a través de un discurso, sino tan sólo a través del derecho. La aproximación de FOUCAULT no responde a la pregunta de si un autor debería ser premiado en términos financieros por su trabajo. Mientras que HEGEL fundamenta su teoría en el valor del trabajo, FOUCAULT no se preocupa por ningún valor, además del valor del discurso. Es improbable que tuviese un impacto sobre la teoría de la propiedad intelectual en su mente, cuando escribió el ensayo. Por otro lado, el mismo FOUCAULT ligó el autor-función al sistema institucional y jurídico y mencionó el hecho de que la función del autor podrían tener un impacto sobre “poseer” un texto¹²⁵. No obstante, él no tiene ninguna otra intención además de explicar la situación de un autor en un

121. ROSE (nota 39), 1.

122. DAVID SAUNDERS. “Approaches to the Historical Relations of the Legal and the Aesthetic”, *New Literary History – A Journal of Theory and Interpretation* 23 Iss. 3 (1992), 513.

123. PALMER (nota 17), 820.

124. Loc. cit., 848.

125. FOUCAULT (nota 112), 153.

discurso, ya que su preocupación son las implicaciones literarias de la noción de un autor, más que las implicaciones legales.

III. CONCLUSIONES

Los cinco filósofos tienen aproximaciones diferentes a la propiedad intelectual, puesto que, obviamente, concuerdan con sus respectivos sistemas de filosofía. Sin embargo, podemos ver unos nexos entre todas las teorías y el derecho actual de la propiedad intelectual. Mientras que LOCKE aporta el carácter “sin mano de obra”, es HEGEL quien aporta los aspectos de derecho moral, que aun prevalecen hoy. El ejemplo refleja el carácter de mosaico del derecho actual de la propiedad intelectual. Parece que el derecho actual es un compromiso y que trata de integrar casi todas las ideas, aunque las ideas utilitaristas y de LOCKE están entre las que sobresalen.

No obstante, hoy en día tenemos muchos problemas, que no pueden ser explicados por la aproximación utilitarista prevaleciente a la propiedad intelectual. Una aproximación meramente utilitarista es débil, porque no puede afrontar las dimensiones de la propiedad intelectual más allá de las económicas. Especialmente las nuevas tecnologías y las culturas antiguas representan retos constantes al derecho de la propiedad intelectual. Por ejemplo, los grupos indígenas reclaman derechos sobre los productos del intelecto que fueron inventados siglos atrás, pero que guardan valor espiritual y se consideran propiedad colectiva de su sociedad¹²⁶. Otro reto puede encontrarse en los textos generados a

computador, que son independientes del creador del programa. Es casi imposible nombrar un autor para los textos generados a computador¹²⁷. Para dominar esos retos, puede ser útil mirar las ideas de algunos de los filósofos discutidos arriba. Las ideas de todos los filósofos deberían ser tomadas en consideración. FOUCAULT puede ver el trabajo de un computador como algo no protegible, ya que el autor-función no sirve, pero por otro lado, la idea de una multiplicidad de autores (y por tanto una propiedad intelectual que pertenece a una colectividad) puede encajar en su concepto.

Además, la propiedad intelectual misma actualmente está en peligro. Mientras que algunos autores ven el final de los derechos de autor bien cerca, a causa de los nuevos métodos de copia digital, otros alertan acerca de la llegada de un control digital completo¹²⁸. Sin embargo, como lo ha mostrado esta reseña sobre la propiedad intelectual en la filosofía, su concepto está fuertemente arraigado en nuestro entendimiento moderno del mundo. Adicionalmente, ha demostrado que el control total sobre toda idea y expresión, aunque sea técnicamente posible, no puede justificarse mediante ninguna argumentación filosófica. En consecuencia, se justifica la conclusión que no existe una solución radical respecto de cómo modificar el derecho de la propiedad intelectual de tal manera que pueda trazar la difícil línea entre libertad, control y protección. El derecho de la propiedad intelectual siempre será un compromiso entre múltiples aproximaciones, e ideas, filosóficas diferentes.

126. ROSEMARY J. COOMBE. *The Cultural Life of Intellectual Properties: Authorship, Appropriation and the Law*, 1998.

127. SELMER BRINGSJORD. *What Robots Can and Can't be*, 1992.

128. LESSIG (nota 18).