

EL SEGUNDO MOVIMIENTO DE CERCAMIENTO Y LA CONSTRUCCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

JAMES BOYLE*

La ley encierra al hombre o la mujer
que los gansos del común han de sustraer
pero deja en libertad al ladrón
que roba las tierras comunes del ganso, sin perdón.

The law locks up the man or woman
Who steals the goose from off the common
But leaves the greater villain loose
Who steals the common from off the goose.

La ley exige que expiemos
culpas cuando lo que no es nuestro tomemos
pero no condona a damas y caballeros
que toman lo tuyo y lo mío, arteros.

The law demands that we atone
When we take things we do not own
But leaves the lords and ladies fine
Who take things that are yours and mine.

Los pobres y los desahuciados no escapan
sí, temerarios, la ley quebrantan
y eso está muy bien, mas hay que tolerar
a quienes conspiran para las leyes crear.

The poor and wretched don't escape
If they conspire the law to break;
This must be so but they endure
Those who conspire to make the law.

La ley encierra al hombre o la mujer
que los gansos del común han de sustraer
y los gansos toleran la falta de la tierra
hasta que alguno va y la recupera.

The law locks up the man or woman
Who steals the goose from off the common
And geese will still a common lack
Till they go and steal it back.

Anónimo

Anonymous

PRIMERA PARTE: CERCAMIENTO

I

EL PRIMER MOVIMIENTO DE CERCAMIENTO

*© 2003, James Boyle

El presente artículo está disponible bajo la siguiente Licencia de Creative Commons:
<http://www.creativecommons.org/licenses/by-sa/1.0>. Asimismo, puede consultarse en la siguiente
dirección: <http://www.law.duke.edu/journals/66LCPBoyle>.

* Traducción al castellano: © 2005, Ariel Vercelli; traducción bajo la misma Licencia que la obra original:
<http://www.creativecommons.org/licenses/by-sa/1.0>.

* Profesor de Derecho de la Duke University.

Una versión anterior más resumida del presente artículo apareció con el título "Fencing off Ideas" [Ponerles una cerca a las ideas], *Daedalus*, vol. 131, n °2, 2002, págs. 13-25. Agradezco a Yochai Benkler y Larry Lessig por sus comentarios, y a David Silverstein, Matt Jones, Greg Manter y Victoria von Portatius por su investigación.

El poema¹ transcrito es una de las condenas más concisas al movimiento de cercamiento inglés, proceso por el cual se cercaron las tierras de uso colectivo y pasaron a ser propiedad privada.² En unos pocos versos, el poema abunda en críticas al doble mensaje, expone la naturaleza artificial y controvertida de los derechos de propiedad y cuestiona la legitimidad del poder estatal, todo por medio del humor, valiéndose de dísticos y sin lenguaje técnico. Los académicos deberíamos tomar nota. Como ocurre en la mayor parte de las críticas al movimiento de cercamiento, en el poema se describe un mundo de “privatización” rapaz apoyada por el Estado, una transformación en propiedad privada de algo que antes había formado parte de la propiedad común o, incluso había estado fuera del sistema de propiedad por completo. Tomás Moro fue un paso más allá, aunque utilizó la figura de las ovejas en lugar de la del ganso para ocuparse del tema. Su argumento fue

¹ El poema es anónimo, y además es muy difícil saber la fecha en que fue compuesto. Probablemente surgió en el siglo XVIII cuando el tema del cercamiento despertó controversias. La referencia más temprana al poema que encontré es de 1821. Edward Birch compuso algunos versos (bastante pobres) en respuesta al poema cuando dijo haber visto “el siguiente jeu d’esprit en un panfleto en Plaistow, como “ADVERTENCIA” para evitar que la gente apoyara el cercamiento planificado de los bosques Hainault y Waltham”. Luego él transcribe una versión del poema. Edward Birch, *Tickler Mag*. Febrero de 1821, pág. 45. En 1860 un redactor del periódico *Notes and Queries* comenta que “la animosidad despertada contra las leyes de cercamiento y sus autores [...] no registra precedente: aunque ya transcurrieron más de cincuenta años, el tema aún es espinoso en muchos distritos [...]. Recuerdo que hace algunos años, buscando en una biblioteca, descubrí una caja llena de escritos satíricos y baladas de la época contra las leyes y contra los que se suponía que las apoyaban. La biblioteca pertenecía a un caballero que participó activamente en la oposición a las leyes”. El autor cita el primer verso y comenta que se trata de “un epigrama inocente [...] que quedó grabado en mi memoria”. “Exon” Ballads Against Inclosures, *Notes And Queries*, n° 9, 2ª ser., febrero de 1860, págs. 130-13. El contexto hace pensar que el poema debe ser de fines del siglo XVIII. En otras fuentes, a veces aparece fechado en 1764 y se dice que se creó en respuesta al cercamiento de tierras de uso colectivo por parte de Sir Charles Pratt. Véase Dana A. Freiburger, John Thompson, “English philomath: A question of land surveying and astronomy”, poster enviado al History of Astronomy Workshop, Universidad de Notre Dame, 1-4 de julio, 1999, nota 15, disponible en <http://www.nd.edu/~histast4/exhibits/papers/Freiburger/index.html> (visitado el 19 de diciembre de 2002). La atribución es muy frecuente y puede que sea cierta, pero no he logrado encontrar fuentes contemporáneas que la avalen. A finales del siglo XIX, el poema se citaba a ambos lados del Atlántico, a veces por diversión y otras veces a modo de coincidencia con lo que postula. Véase Ezra S. Carr, “Aids and obstacles to agriculture on the Pacific Coast”, en *The Patrons of Husbandry on the Pacific Coast*, San Francisco, A.L. Bancroft and Co., 1875; Edward P. Cheyney, *An Introduction to the Industrial and Social History of England*, 1901, pág. 219.

² Aunque nos referimos a este movimiento como *el* “movimiento de cercamiento”, en realidad estuvo constituido por un conjunto de cercamientos que comenzaron en el siglo XV y se prolongaron en el tiempo por distintos medios, con distintos fines y grados de participación estatal hasta el siglo XIX. Véase J.A. Yelling, *Common Field and Enclosure in England 1450-1850*, 1977.

que el cercamiento no era injusto en sí mismo sino dañino por sus consecuencias, causa de inequidad económica, delito y dislocación social. Según Tomás Moro:

Pero, aun así, ésta no es la única causa necesaria del robo. Hay una que, a mi juicio, es propia de los ingleses. ¿Cuál es?, preguntó el cardenal. Por cierto, mi señor, contesté yo, las ovejas, vuestras ovejas, antes tan mansas y dóciles y acostumbradas a comer tan frugalmente, ahora, según he oído, se han vuelto tan salvajes y voraces que hasta devoran y engullen a los mismos hombres. Asolan, destruyen y devoran campos, casas y aldeas enteras. Vemos, en efecto, a los nobles y los ricos en todos los lugres del reino donde se cría la lana más fina y más cara [...] no dejan tierras para cultivo: lo cercan todo para el pastoreo, tiran abajo las casas, destruyen poblados, no dejan nada en pie excepto la iglesia, que dedican a establo [...]. Así, esa ave rapaz e insaciable, peste de su lugar natal, anda merodeando y encierra muchos miles de acres de tierra con una cerca, y deja a los campesinos sin lo suyo.³

El movimiento de cercamiento sigue despertando nuestro interés. Ofrece ironías irresistibles sobre la espada de doble filo del “respeto a la propiedad” y enseñanzas acerca de cómo el Estado define y establece derechos de propiedad para promover objetivos sociales controvertidos. Quienes critican más duramente el movimiento de cercamiento sostienen que ha tenido costos devastadores para un segmento de la sociedad.

Se hace justa referencia a los cercamientos como una revolución de los ricos contra los pobres. Los caballeros y los nobles subvertían el orden social, no respetaban las antiguas leyes y costumbres, recurriendo a veces a la violencia y muchas otras veces a la presión y

³ Tomás Moro, *Utopía* [1947], Alfred A. Knopf, 1992, pág. 32.

a la intimidación. Literalmente, robaban a los pobres su parte de los bienes comunes al derribar las casas que, según la anteriormente inquebrantable fuerza de la costumbre, los pobres consideraban suyas y de sus herederos. Se rasgaba así la trama de la sociedad. Los poblados desolados y las ruinas de las viviendas eran la prueba de la ferocidad con la que se expandía la revolución, poniendo en peligro las defensas de la nación, arrasando sus poblados, diezmado a su población, convirtiendo el suelo en polvo, acechando a sus pobladores, que pasaron de ser campesinos decentes a ser una multitud de mendigos y ladrones. Si bien esto ocurrió en parcelas aisladas, éstas eran como manchas negras que amenazaban con extenderse y formar una mancha única, catastrófica.⁴

Algunos de esos costos fueron brutal e insensiblemente “materiales”; por ejemplo, los pequeños arrendatarios y usufructuarios se convirtieron en peones endeudados, trabajadores temporarios o simplemente, como sostiene Tomás Moro en *Utopía* y Polanyi, cuatrocientos años más tarde, en mendigos y ladrones.⁵ Otros daños son más difíciles de clasificar: la pérdida de una forma de vida; el incompasivo poder de la lógica de mercado que obligaba a las personas a emigrar a otras regiones, con lo que se quebraban las relaciones sociales tradicionales y, quizá, incluso las visiones que de sí mismos tenían los individuos y la relación de los hombres con el entorno.

Hasta aquí he descrito el costado negativo del movimiento de cercamiento. Para muchos historiadores económicos, todo lo expuesto es una tontería sentimental de la peor clase, una concepción idealizada de una forma de vida que no era ni sencilla ni noble, y, por cierto, no muy igualitaria. El punto central del movimiento de cercamiento es que funcionó: las innovaciones que introdujo en los sistemas de propiedad dieron lugar a una

⁴ Karl Polanyi, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of our Time*, 1957, pág. 35; E. P. Thompson, *The Making of the English Working Class*, 1963, pág. 218.

⁵ *Ibidem* nota 4, pág. 35.

expansión sin precedentes de las posibilidades productivas.⁶ Mediante la transferencia de la ineficientes tierras de propiedad colectiva a manos de un único propietario, el cercamiento evitó la denominada con justeza “tragedia de los comunes”. Ofreció incentivos para la inversión a gran escala, permitió el control de la explotación y, en general, aseguró que los recursos se usaran del modo más eficiente. Antes del movimiento de cercamiento, el señor feudal no invertía en sistemas de riego, ganado ovino ni rotación de cultivos que pudieran mejorar el rendimiento de las tierras de uso colectivo, ya que sabía muy bien que otros podrían apropiarse de los frutos de su esfuerzo. Los poderosos derechos de propiedad privada y de control por una sola entidad que se introdujeron con el movimiento de cercamiento evitaron las tragedias que resultan de la explotación excesiva y la falta de inversión.⁷ Se siembra más, se crían más ovejas, los consumidores se benefician y a menos personas les faltará el alimento en el largo plazo. Si el precio de este beneficio social es una mayor concentración del poder económico, o la introducción de fuerzas de mercado en áreas donde ante no habían sido tan evidentes, o la disrupción de un *modus vivendi* en relación con el medio ambiente, entonces que así sea, dicen los defensores del cercamiento. Según ellos, el excedente de la producción agrícola que llegó con el cercamiento ayudó a salvar a una sociedad devastada por las muertes en masa del siglo XVI. Los que derraman lágrimas por los efectos terribles de la propiedad privada deberían darse cuenta de que salva vidas, en un sentido literal de la frase.

En este trabajo no me dedicaré a profundizar en el tema del primer movimiento de cercamiento. No obstante, hay que mencionar que mientras que en trabajos de

⁶ Véase Lord Ernle, *English Farming Past and Present*, 1961.

⁷ Véase Hannibal Travis, “Pirates of the information infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment”, *Berkeley Tech. L.J.*, 2000, págs. 789-803, donde se incluye un excelente resumen de las ideas de Hobbes, Locke y Blackstone sobre estos temas.

investigación más antiguos el acento estaba puesto en los efectos beneficiosos del cercamiento,⁸ en trabajos empíricos más recientes se ha mostrado que, de haber tenido alguno, los efectos en el aumento de la producción agrícola fueron escasos.⁹ Las tragedias previstas en artículos del tenor de “Tragedy of the commons” [La tragedia de los comunes], de Hardin, no ocurrieron.¹⁰ De hecho, las tierras de uso común pudieron haberse administrado correctamente, aunque las restricciones en relación con el agotamiento y los incentivos para la inversión pudieron haber sido más “débiles” que las normas rígidas que rigen la propiedad privada.¹¹ Así, mientras que el cercamiento produjo cambios de distribución significativos del tipo de los que tanto entusiasmaron a una

⁸ Véase Ernle, nota 6.

⁹ El trabajo más notable es el de Robert Allen. Véase Robert C. Allen, “The efficiency and distributional consequences of eighteenth century enclosures”, *Econ. J.*, vol. 92, n° 368, 1982, págs. 937-953 (de aquí en adelante, Allen, “Efficiency”); Robert C. Allen, *Enclosure and the Yeoman*, 1994. Allen sostiene que el movimiento de cercamiento trajo aparejadas importantes consecuencias en la distribución pero pocos beneficios observables en cuanto a eficiencia. La torta se cortó de manera diferente, para beneficio del terrateniente, pero no aumentó de tamaño. Por el contrario, Michael Turner considera el cercamiento como un camino posible, si bien no necesario, para el aumento de la productividad. Véase Michael Turner, “English open fields and enclosures: Retardation or productivity improvements”, *J. Econ. Hist.*, vol.46, no.3, 1986, pág. 669-692. Donald McCloskey también sostiene que hubo mejoras en la eficiencia a partir del cercamiento, apoyándose particularmente en las evidencias provistas por el aumento en la renta. Véase Donald N. McCloskey, “The enclosure of open fields: Preface to a study of its impact on the efficiency of English agriculture in the eighteenth century”, *J. Econ. Hist.*, vol. 32, n° 1,1972, págs. 15-35; Donald N. McCloskey, “The prudent peasant: New findings on open fields”, *J. Econ. Hist.*, vol 51, n° 2, 1991, págs. 343-355. Según Allen, sin embargo, los cambios en la renta fueron en gran parte una medida de la forma en que los cambios en los derechos de propiedad afectaron el poder de negociación de las partes y el contexto cultural de las negociaciones en torno a la renta: el cercamiento permitió a los terratenientes conservar una mayor proporción del excedente producido por la tierra y no contribuyó a aumentarlo. “[E]l movimiento de cercamiento podría ser considerado como la primera reforma agraria patrocinada por el Estado. Como muchas de las que vinieron después, su justificación se apoyó en argumentos a favor de la eficiencia, en tanto su consecuencia principal (de acuerdo con los datos analizados) fue la redistribución del ingreso en beneficio de los adinerados terratenientes.” Allen, “Efficiency”, págs. 950-951. Los autores contemporáneos que no comparten la idea de que el cercamiento trajo aparejado un aumento de productividad tienden a ser más moderados en sus elogios. Compárese Turner, (“El cercamiento no puede considerarse como una apertura automática de la puerta a ese ciclo de mejoramiento agrícola, pero las estimaciones anteriores sugieren que quizá fue una puerta que se abría con frecuencia y traía ganancias.”) con el comentario dado en Ernle, obra consignada en la nota 6.

¹⁰ Garrett Hardin, “The tragedy of the commons”, *Science*, 13 de diciembre de 1968, pág 1243.

¹¹ La posibilidad de generar un “orden sin ley” y, así, a veces regular la administración de los bienes comunes sin desencadenar ninguna tragedia también ha fascinado a los investigadores del uso contemporáneo de la tierra. Véase Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991; Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, 1991.

generación anterior de historiadores críticos, existen interrogantes de consideración acerca de si ese cercamiento trajo beneficios para la eficiencia o la innovación. No se sabe demasiado acerca de este tema fuera del círculo de los historiadores económicos. “Todos” saben que un “bien común” es trágico por definición y que la lógica del cercamiento es tan cierta en la actualidad como lo fue en el siglo XV. La propiedad privada salva vidas.

II

EL SEGUNDO MOVIMIENTO DE CERCAMIENTO

Muy bien, pero ¿qué tiene que ver todo esto con la propiedad intelectual? Lo que sucede es que estamos inmersos en un segundo movimiento de cercamiento. La frase que aparece a continuación suena grandilocuente: “el cercamiento de los bienes comunes intelectuales, intangibles”, pero en un sentido muy real, es así.¹² Es probable que los nuevos derechos de propiedad creados por el Estado sean más “intelectuales” que “reales”, pero una vez más se abarcan objetos que antes se consideraban como propiedad común o no mercantilizable dentro de la esfera de los derechos de propiedad nuevos o recientemente ampliados.

Tomemos como ejemplo el genoma humano. En este caso, los defensores del cercamiento han argumentado que el Estado hacía lo correcto al ampliar el alcance de los derechos de propiedad, que solamente así se podía garantizar la clase de inversión de tiempo, ingenio y capital necesarios para producir drogas y terapias génicas nuevas.¹³ La

¹² La analogía con el movimiento de cercamiento era tan atractiva que no pude resistirme. Ya he utilizado ese tropo en ocasiones anteriores y también lo han hecho Ben Kaplan, Pamela Samuelson, Yochai Benkler, David Lange, Christopher May, David Bollier y Keith Aoki. Si se desea consultar una elaboración cuidadosa y detallada del paralelismo entre los dos movimientos de cercamiento, véase Travis, nota 7.

¹³ Véase William A. Haseltine, “The case for gene patents”, *Tech. Rev.*, sept/oct. de 2000, disponible en <http://www.technologyreview.com/articles/haseltine0900.asp> (visitado el 19 de diciembre de 2002); véase

respuesta de los defensores del cercamiento a la pregunta sobre si deberían patentarse los genes humanos sería que la propiedad privada salva vidas.¹⁴ En cambio, quienes se oponen sostienen que el proyecto genoma humano es propiedad de todos, que, literalmente, es patrimonio común de la humanidad, que no debería, y en algún sentido, no puede ser propiedad de nadie, y que las consecuencias de transformar el genoma humano en propiedad privada serán terribles, ya que la lógica del mercado invade zonas que deberían quedar lo más alejadas posible del mercado. En relación con el patentamiento de células madre y secuencias génicas, los críticos han llegado a conclusiones pesimistas sobre la manera en que el Estado concede un poder monopólico a unos pocos individuos y empresas, con la potencial generación de trabas y costos de coordinación que enlentecen el proceso innovador.¹⁵

Además de los comentarios de quienes se benefician con este nuevo esquema de propiedad, se oyen historias sobre quienes no han sido tan afortunados: los plebeyos del cercamiento genético. Los estudiantes de Derecho en Estados Unidos leen *Moore v. Regents of University of California*, una causa en la que la Suprema Corte de California falló en contra de Moore porque consideró que él no tenía la propiedad de las células obtenidas de su bazo.¹⁶ El tribunal alegó que si se otorgaran derechos de propiedad privada a las “fuentes” se interrumpiría la práctica común entre los científicos de

también Alexander K. Haas, “The welcome trust’s disclosures of gene sequence data into the public domain & the potential for proprietary rights in the human genome”, *Berkeley Tech. L. J.*, vol. 16, 2001, págs. 145-153

¹⁴ Véase Haseltine, nota 13, comunicado de prensa de la Biotechnology Industry Association, Genentech, Incyte Genomics Tell House Subcommittee Gene Patents Essential For Medical Progress, 13 de julio de 2000, disponible en <http://www.bio.org/genomics/genetech.html>.

¹⁵ Véase Howard Markel, “Patents could block the way to a cure”, *N. Y. Times*, 24 de agosto de 2001, pág. A19. Si se desea consultar un panorama general relacionado con esos argumentos, véase Rebecca S. Eisenberg, “Patenting the human genome”, *Emory L.J.*, vol. 39, n° 3, págs. 721-745, en especial págs. 740-744.

¹⁶ 793 P.2d 479, 488-97 (California, 1990).

compartir libremente líneas celulares con sus colegas.¹⁷ En cambio, los científicos que produjeron con su genial inventiva una línea celular valuada en mil millones de dólares con la “materia prima natural” aportada por Moore obtuvieron una patente. En este caso, los derechos de propiedad privada son un incentivo necesario para las tareas de investigación.¹⁸ Los economistas que tienen posturas encontradas respecto del cercamiento toman como punto de análisis la asignación eficaz de los derechos. En cambio, los legos, mostrando una indeseable falta de rigor, vuelven una y otra vez sobre supuestos más naturalistas, como el carácter común de la propiedad en cuestión y la idea de que uno es dueño de su propio cuerpo.¹⁹

El genoma no es la única zona que se “cerca” parcialmente en este segundo movimiento de cercamiento. La ampliación de los derechos de propiedad intelectual también ha sido notable: desde las patentes otorgadas a métodos de comercialización,²⁰ hasta la Ley de derechos de autor para el milenio digital (DMCA, por su sigla en inglés),²¹ las reglamentaciones antidilución de marcas,²² y la Directiva Europea de Protección

¹⁷ *Ibidem*, págs. 493-494. Uno puede imaginarse cajas refrigerantes que viajan por todo el país por Federal Express en una especie de orgía de intercambios carnales comunistas.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 493.

¹⁹ Se podría decir que aporte una especie de ironía antieconomista. En verdad, ninguno de los dos argumentos es completamente satisfactorio. No es difícil coincidir con Richard Posner en que el lenguaje de la economía brinda una “epistemología débil y poco satisfactoria” para entender el mundo. (Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence* XIV, 1990, donde se cita a Paul Bator). Por otra parte, explicar qué significa “ser dueño de su propio cuerpo” o especificar los límites de lo que no puede mercantilizarse es una tarea que no carece de dificultades, tal como lo ha mostrado con gran elegancia Margaret Jane Radin. Véase Margaret Jane Radin, *Contested Commodities*, 1996.

²⁰ Véase *State St. Bank & Trust Co. v. Signature Fin. Group*, 149 F.3d.1368-1373 (D.C. Cir. 1998).

²¹ Pub. L N° 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) (codificado con enmiendas en partes de las secciones 5, 17, 28 y 35 U.S.C.).

²² Véase *Mead Data Central, Inc. v. Toyota Motor Sales, USA., Inc.*, 875 F.2d 1026-1030 (2ª Cir. 1989); *Mutual of Omaha Insurance Co. v. Novak*, 836 F. 2d 397 (8ª Cir. 1987), cert. rechazada 109 S. Ct. 326 (1987); *American Express Co. v. Vibra Approved Laboratories Corp.*, 10 U.S.P.Q. 2d (BNA) 2006 (S.D.N.Y. 17 de abril de 1989); *Jordache Enters., Inc. v. Hogg Wyld, Ltd.*, 625 F. Supp. 48, 56 (D.N.M.1985), decl. 828 F.2d 1482 (10ª Cir. 1987); *Pillsbury Co. v. Milky Way Prod., Inc.*, 215 U.S.P.Q. (BNA) 124 (N.D. Ga. 24 de diciembre de 1981); *General Electric Co. v. Almpa Coal Co.*, 205 U.S.P.Q. (BNA) 1036 (D.Mass. 12 de octubre de 1979); *Reddy Communications, Inc. v. Environmental Action Found., Inc.*, 199 U.S.P.Q. (BNA) 630 (D.D.C. 11 de noviembre de 1977); *Coca-Cola Co. v. Gemini Rising Inc.*, 346 F. Supp. 1183 (E.D.N.Y. 1972).

Jurídica de Bases de Datos.²³ Los viejos límites a los derechos de propiedad intelectual, muros antierosivos que protegen el dominio público, también son blanco de críticas. El proceso anual de actualización de mi programa académico para un curso introductorio sobre propiedad intelectual es una buena muestra sobre lo que está ocurriendo. Cuando vuelvo a un texto de hace cinco años, me pongo nostálgico al ver la precisa lista de asuntos sobre los que *no* se podían aplicar derechos de propiedad intelectual, los privilegios que rodeaban los derechos existentes y el período de tiempo necesario que debía transcurrir antes de que una obra pasara al dominio público. En todos los casos, los límites han desaparecido.

Es cierto que se puede caer en la exageración. El hecho mismo de que los cambios han afectado tanto a un solo lado hace difícil resistirse a exagerar el impacto que han tenido. En 1918, Brandeis aseguró que “[p]or regla general, las más nobles entre las creaciones humanas –el conocimiento, las verdades comprobadas, los conceptos y las ideas– una vez que se comunican voluntariamente a los demás, se vuelven de uso común.²⁴

Esa debe ser nuestra línea de partida: los derechos de propiedad intelectual son la excepción y no la regla; las ideas y los hechos siempre deben ser de dominio público, como el aire.²⁵ Sin embargo, esta concepción ha recibido muchas críticas. De manera abierta y encubierta, los hechos y las ideas, que son bien comunes, se están cercando. Las patentes amplían su rango de cobertura, y hoy abarcan “ideas” que, hace veinte años, los

²³ Directiva 96/9/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de marzo de 1996 sobre Protección Jurídica de Bases de Datos, 1996 O.J. (L77) 20, disponible en <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/legreg/docs/969ec.html> [de aquí en adelante, la DIRECTIVA] (visitado el 19 de diciembre de 2002).

²⁴ *Int'l News Serv. v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 250 (1918) (Brandeis, J., en desacuerdo).

²⁵ Yochai Benkler, “Free as the air to common use: First Amendment constraints on enclosure of the public domain”, *N.Y.U. L. REV.*, vol. 74, 1999, págs 354 y ss. Especialmente págs, 354, 361 y424, [de aquí en adelante, Benkler, “Free as the air”].

especialistas hubiesen calificado de impatentables.²⁶ Los casos más problemáticos son los intentos por aplicar derechos de propiedad intelectual a meras recopilaciones de hechos.²⁷ Si la ley de propiedad intelectual anglo-estadounidense tenía un artículo de fe, era que las recopilaciones de hechos no originales permanecerían en el dominio público, ya que esta protección de la materia prima de la ciencia y el discurso era tan importante para la generación siguiente de la innovación como los mismos derechos de propiedad intelectual.²⁸ El sistema garantizaría monopolios para los inventos y las expresiones originales, mientras que los hechos subyacentes (y las ideas que los atraviesan) serían libres de uso por parte de quien deseara utilizarlos. Pero se está destruyendo esta premisa. Algunos de los retos son sutiles: en las leyes de patentes, las interpretaciones amplias de lo que es novedoso y de lo que no es obvio permiten que los derechos de propiedad intelectual se acerquen cada vez más al conjunto de datos subyacentes; las patentes de secuencias génicas se parecen cada vez más a derechos sobre el descubrimiento de una disposición particular de información: la disposición de C, G, A y T.²⁹ Otros son retos abiertos: La Directiva Europea de Protección de Bases de Datos crea, en efecto, (y los proyectos de ley presentados en los Estados Unidos también los proponen) derechos de propiedad sobre recopilaciones de hechos, muchas veces sin consignar el marco de excepciones, como la útil y proteica categoría del uso justo.³⁰

²⁶ Las patentes sobre los “métodos de negocios”, que cubren “inventos” tales como los remates y los métodos contables, son un ejemplo claro. Véase *State St. Bank & Trust Co. v. Signature Fin. Group, Inc.*, 149 F.3d 1368, 1373 (Fed. Cir. 1998).

²⁷ Ley de antipiratería de recopilación de información, S. 2291, 105º Cong. (1998); Ley de antipiratería de inversión y propiedad intelectual de bases de datos de 1996, H.R. 3531, 104º Cong. (1996).

²⁸ Véase, *Feist Publ'ns v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 350, 354 (1991) (“El derecho de autor trata los hechos y las recopilaciones de hechos de manera coherente. Los hechos, bien independientes o como parte de una compilación, no son originales y por lo tanto no pueden incluirse dentro de los derechos de autor.” Hacer lo contrario sería desobedecer los principios básicos del derecho de autor en el sentido de que crearía un monopolio de material perteneciente al dominio público sin la justificación necesaria de proteger y alentar la creación de ‘escritos’ por parte de ‘autores’”).

²⁹ Véase Eisenberg, nota 15; Haas, nota 13.

³⁰ Véase DIRECTIVA, nota 23.

La antigua estrategia de propiedad intelectual tenía una trama más compleja: una capa delgada de derechos de propiedad intelectual se urdía alrededor del bien común, y a partir de ese material se empezaba la creación nueva. Incluso esa capa delgada de derechos de propiedad intelectual era limitada para permitir el acceso al material cuando el titular de los derechos de propiedad privada intentara abusar económicamente de los mismos. El uso justo admite la parodia, el comentario y la crítica, y también la “descompilación” de programas de computación para que, por ejemplo, la competencia de Microsoft pueda realizar la “ingeniería inversa” de las características del programa Word de modo que sus programas conviertan los archivos en formato Word.³¹ Puede parecer paradójico, pero en un sentido muy real, la protección de los bienes comunes fue uno de los objetivos básicos de la ley de propiedad intelectual. En la nueva concepción de la propiedad intelectual, sin embargo, la propiedad debería ampliarse más: cuanto más, mejor. Ampliar las materias sujetas a derecho de autor y a la obtención de patentes, alargar los plazos del goce de derecho de propiedad intelectual, otorgar protección legal al “alambre de púas digital” incluso si se utiliza en parte para protección contra el uso justo son todos casos que pueden entenderse como un voto de no confianza en el poder productivo de los bienes comunes. Pareciera que estamos pasando del supuesto de Brandeis de que “las más nobles de las creaciones humanas pueden usarse libremente, como el aire” al supuesto de que todo bien común es ineficiente, si no trágico.

La expansión es más que meramente formal. Antes era relativamente *difícil* violar un derecho de propiedad intelectual. Las tecnologías de reproducción o las actividades necesarias para infringir la ley eran en gran medida, aunque no completamente,

³¹ Quienes prefieran las metáforas topográficas pueden imaginar un patrón de parches de terreno público y privado, con normas legales que especifiquen que determinadas áreas, playas, por ejemplo, nunca pueden ser privatizadas, y con reglamentaciones adicionales que otorgan derechos públicos a caminos que atraviesan terrenos privados si existe el peligro de que se bloquee el acceso a tierras de uso común.

industriales. La persona que elige reproducir un libro en una imprenta es muy distinta de la que le presta el libro a un amigo o lleva un capítulo a la clase. La fotocopidora desdibuja esa distinción, y las computadoras en red la borran por completo. En una sociedad en red, copiar no sólo es fácil sino que es una condición *sine qua non* de la transmisión, el almacenamiento e incluso, dirían algunos, de la lectura.³² Así como la bioinformática desdibuja la línea que separa la modelización computarizada de la investigación biológica, las técnicas de producción digital desdibujan la línea que separa las actividades de escuchar, editar y recrear. “Rip, mix, and burn” *, dice el anuncio de Apple. La frase refleja un mundo en el que el viejo régimen de propiedad intelectual, que opera como una política industrial contra la competencia desleal, ha sido reemplazado. La propiedad intelectual está hoy en la interfase gráfica de la computadora y está presente en las acciones, creativas, comunicativas y de simple consumo que todos realizamos a diario. El alcance de los derechos se amplió en el preciso instante en que se transformó su resultado práctico.

III

¿HASTA QUÉ PUNTO DEBEMOS CERCAR LOS BIENES COMUNES

INTANGIBLES?

Hasta aquí sostuve que existen grandes similitudes entre el primer movimiento de cercamiento y la ampliación contemporánea de la propiedad intelectual, proceso que

³² Véase James Boyle, *Shamans, Software, & Spleens: Law And The Construction Of The Information Society*, 1996, pág. 135 [de aquí en adelante, Boyle, *Shamans*]; Jessica Litman, *Digital Copyright*, 2001, pág. 91.

* “Rip, mix, and burn” fue la frase publicitaria utilizada por Microsoft para el lanzamiento de iTunes, que como expresa la frase, permite descargar, editar y copiar temas musicales en CD a un costo mínimo sin infringir la Ley de derechos de autor. (N. del T.)

denomino segundo movimiento de cercamiento. Y aquí también se enfrentan los detractores y los defensores del cercamiento, se lanzan proyectiles de grandilocuentes argumentos sobre la innovación, la eficiencia, los valores tradicionales, los límites del mercado, el salvar vidas, la pérdida de libertades conocidas. Una vez más, se tilda de analfabetos económicos a los que se oponen al cercamiento; los que se benefician con él nos dicen que es imprescindible ampliar los derechos de propiedad a fin de impulsar el progreso. De hecho, se invoca el “Consenso de Washington”, posterior a la Guerra Fría, para justificar el concepto de que la historia demuestra que la única manera de impulsar el crecimiento y la eficiencia es a través de los mercados; desde ya, los derechos de propiedad son la condición *sine qua non* de la existencia de los mercados.³³

Pero si bien existen similitudes entre los dos cercamientos, también hay profundas diferencias: las características de los bienes comunes intelectuales en red son muy distintas de las de las tierras arables del común de la vieja Inglaterra.³⁴ A continuación

³³ La frase “Consensus de Washington” apareció por primera vez en John Williamson, “What Washington means by policy reform”, en John Williamson (ed.) *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, 1990, págs. 7-38. Con el paso del tiempo, se empezó a utilizar como sinónimo de las políticas neoliberales que proponen la desregulación, la privatización y la creación y defensa de derechos seguros sobre la propiedad como remedio de todos los males. Véase Joseph Stiglitz, “The World Bank at the millennium”, en *Econ. J.*, vol. 109, 1999, págs. 577-597, en especial pág. 577. La frase se vincula así con el relato triunfalista del fin de la historia y la victoria de los mercados no regulados. Véase Francis Fukuyama, *El fin de la historia y el último hombre*, Planeta, 1992. Para ser justos, hay que decir que ninguno de esos dos sentidos de la frase fue el que su creador tuvo la intención de darle. Véase John Williamson, “What should the bank think about the Washington Consensus?”, Institute for International Economics, disponible en <http://www.iie.com/papers/williamson0799.htm> (visitado el 20 de septiembre de 2002).

³⁴ Las diferencias son particularmente marcadas en los argumentos sobre el “desierto” ¿son merecidos estos derechos de propiedad o son simples violaciones de las privatizaciones de los bienes comunes? Por ejemplo, algunos podrían decir que nunca se hicieron los mismos reclamos sobre los bienes genéticos comunes que los que tuvieron las víctimas del primer movimiento de cercamiento sobre sus bienes del común; esto se parece más a una tierra de frontera recientemente descubierta, o quizás a un pantano drenado por un particular, que a las tierras del común. En este caso, los cercadores pueden reclamar (aunque sus reclamos son discutibles) que han descubierto o quizá simplemente que han vuelto utilizable un terreno que desean poseer. Los opositores al patentamiento de genes, por su parte, recurren, a veces con más insistencia que los agricultores del siglo XVIII, a argumentos éticos y religiosos sobre la santidad de la vida y la incompatibilidad de la propiedad con los sistemas vivos. Esos argumentos, y la defensa de la libertad de expresión, que abunda en los debates sobre la propiedad intelectual digital, no tienen un correlato exacto en los debates sobre la caza o la pastura, aunque son temas comunes. Por ejemplo, ya oímos lamentos nostálgicos sobre la pérdida de los inmemoriales derechos de los usuarios de Internet. Al mismo tiempo, el viejo lenguaje de la ley de propiedad se traslada a este campo más evanescente; mi título

quisiera comentar dos diferencias fundamentales entre los bienes comunes intelectuales y los bienes comunes afectados por el primer movimiento de cercamiento, diferencias que deberían llevarnos a preguntarnos si estos comunes son verdaderamente trágicos y si aplicar derechos de propiedad intelectual más fuertes sería la solución a nuestros problemas. Estas diferencias son conocidas; de hecho, son el punto de partida para gran parte de la jurisprudencia sobre la propiedad intelectual. No obstante, reflexionar sobre ellas podría servir para explicar los problemas y los riesgos de la ola de expansión de derechos actual.

A diferencia de los bienes del común de la tierra, los de la mente por lo general son de usos “no competitivos“. Muchos usos de la tierra son mutuamente excluyentes. Si yo uso la tierra para el pastoreo, puede interferir con los planes de otro de utilizarla para la siembra. En cambio, una secuencia génica, un archivo MP3 o una imagen pueden ser usados por varias personas, y mi uso no interfiere en el de los demás. Para decirlo de manera más sencilla, esto significa que el peligro que se asocia al uso indiscriminado de los campos y a la explotación ictícola no suele ser un problema en el caso de los bienes comunes vinculados con la información y la innovación.³⁵ De este modo, se evita un tipo de tragedia de los comunes. Las preocupaciones por los bienes comunes de información se relacionan con un problema diferente de acción colectiva: en primer lugar, el problema de los incentivos para crear el recurso. La dificultad proviene de la idea de que los bienes de información no sólo son de uso “no competitivo” (no hay interferencia entre los distintos usos) sino que se supone que son no excluyentes (es imposible, o al menos difícil, que una misma unidad de un bien no satisfaga a un número infinito de usuarios a

preferido es “The ancient doctrine of trespass to Web sites”. I. Trotter Hardy, en *J. Online L.* art. 7, 1996, en http://www.wm.edu/law/publications/jol/95_96/hardy.html (visitado el 19 de diciembre de 2002).

³⁵ Las excepciones a esta declaración son fascinantes, pero para ser breve, no incluiré todas aquí.

costo marginal cero). Los piratas copian la canción, la fórmula del medicamento, la idea para fabricar un juguete. El resto del argumento es conocido. Sin la posibilidad de excluir, los creadores no podrán percibir dinero por sus creaciones y entonces no habrá incentivos suficientes para estimular la creación. Así, la ley debe intervenir y crear un monopolio limitado llamado derecho de propiedad intelectual.

El argumento nos resulta familiar, pero fue hace poco tiempo que adquirió una dimensión histórica, una teleología del maximalismo de la propiedad intelectual. Si la razón de la existencia de los derechos de propiedad intelectual es la naturaleza no competitiva y no excluyente de los bienes que protegen, entonces la disminución de costos de copiado y transmisión implica la correspondiente necesidad de fortalecer los derechos de propiedad intelectual. Imaginemos una línea. En uno de sus extremos hay un monje transcribiendo con gran esfuerzo la *Poética* de Aristóteles. En el medio está la imprenta de Gutenberg. A tres cuartos del inicio de la línea hay una fotocopidora. Y en el otro extremo está Internet y la versión online del genoma humano. En cada etapa disminuyen los costos de copiado y los bienes se vuelven menos competitivos y excluyentes. Mis archivos MP3 están disponibles para todo el que ejecute Napster en cualquier lugar del mundo. Las canciones se encuentran y se copian con facilidad. El fin simbólico del uso competitivo se hace evidente cuando yo reproduzco la canción en Chapel Hill, Carolina del Norte, al mismo momento en que otro la descarga y la escucha en Kazajstán: *eso* es el uso no competitivo. Quiero remarcar que parece existir el supuesto de que la fortaleza de los derechos de propiedad intelectual debe variar en relación inversa al costo de copiado. Para el monje copista, no se necesitan derechos de propiedad intelectual porque basta tener el control físico sobre el manuscrito. En el caso

de la imprenta de Gutenberg, se necesita el Estatuto de Anne.³⁶ En el caso de Internet, se necesita la Ley de derechos de autor para el milenio digital,³⁷ la Ley contra la piratería de software,³⁸ la Ley de extensión del plazo de derechos de autor de Sonny Bono,³⁹ y quizá incluso la Ley antipiratería de recopilación de información.⁴⁰ Como los costos de copiado se aproximan asintóticamente a cero, los derechos de propiedad intelectual deben tender al ejercicio de un control perfecto. Si una mayor proporción del valor productivo y del producto bruto interno tienen hoy la forma de información con valor agregado, entonces tenemos otra razón para exigir un fortalecimiento de la protección. Un candado de cinco dólares alcanza para proteger el cobertizo del jardín, pero no la bóveda bancaria.

Como todo argumento atractivo pero engañoso, éste tiene bastante de verdadero. Internet disminuye el costo de copiado y, consecuentemente, el costo del copiado ilícito. Por supuesto, también disminuye los costos de producción, distribución y publicidad, a la vez que aumenta radicalmente el tamaño del mercado potencial. Entonces, ¿el resultado neto significaría una pérdida para los titulares de los derechos a tal punto que se necesite aumentar la protección para mantener los incentivos en un nivel constante? Un mercado grande con fallas en el control puede proporcionar más ganancias que uno pequeño con controles mucho más fuertes. Además, las mismas tecnologías que permiten un copiado barato también proporcionan motores de búsqueda veloz y enciclopédica, los mejores medios que se hayan inventado jamás para detectar copias ilícitas. Sería muy aventurado decidir, en base a la evidencia disponible, si los propietarios de contenidos protegidos

³⁶ Ann., 13, c. 15 (Ing.).

³⁷ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) (codificada con las enmiendas en partes de las secciones 5, 17, 28, y 35 U.S.C.).

³⁸ Pub. L. No. 105-147, 111 Stat. 2678 (1997) (codificada con las enmiendas en partes de las secciones 17 y 18 U.S.C.).

³⁹ Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827 (1998) (codificada con las enmiendas en partes de la sección 17 U.S.C.).

⁴⁰ S. 2291, 105^o Cong. (1998).

están en una mejor o peor situación desde la llegada de Internet.⁴¹ De modo que la idea de que debemos fortalecer los derechos a medida que bajan los costos de copiado no es del todo correcta. Además, dados los costos estáticos y dinámicos de los monopolios y el mandato constitucional de fomentar el progreso de las ciencias y las artes,⁴² la carga de la prueba debería estar del lado de los que reclaman los nuevos derechos, que deben probar que son necesarios.

¿Qué podríamos comentar sobre el argumento de que la importancia creciente para la economía mundial de los productos de información con valor agregado y los productos basados en la información implica que se debe incrementar la protección? ¿Los bienes comunes de información deben cercarse porque ahora constituyen un sector más importante de la actividad económica?⁴³ Éste fue precisamente uno de los argumentos esgrimidos durante el primer movimiento de cercamiento. Por ejemplo, durante las Guerras Napoleónicas, se defendió el cercamiento por considerarlo un método necesario para incrementar la eficacia de la producción agrícola, sector vital de una economía de guerra. Y aquí nos encontramos con otra gran diferencia entre los bienes comunes intelectuales y las tierras de uso colectivo. Se ha señalado en muchas oportunidades que los productos basados en la información están constituidos por fragmentos de otros productos del mismo tipo; los datos de salida creados por una persona son los de entrada

⁴¹ La intuición –y la experiencia histórica con tecnologías “peligrosas” de copiado anteriores tales como la de reproducción de videos– me dicta que los propietarios de contenido protegido están en mejor posición, pero no hay suficiente evidencia en ese sentido ni en el contrario.

⁴² Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica art. I, § 8, cl. 8.

⁴³ Me refiero aquí al incremento en el nivel de los derechos: proteger nuevos conjuntos de productos por plazos más prolongados, considerar ilegales ciertas tecnologías así como el traspaso de ciertas vallas digitales incluso si con ello se excluyen usos previamente legítimos, entre otros derechos. Cada una de estas medidas trae como consecuencia la reducción del dominio público en nombre de la política económica nacional.

de otra.⁴⁴ Esas entradas pueden ser fragmentos de códigos, descubrimientos, investigación previa, imágenes, géneros de trabajo, referencias culturales o bases de datos de polimorfismos de un nucleótido: todas estas entradas son la materia prima para futuras innovaciones. Todo incremento potencial de la protección también eleva el costo de la materia prima a partir de la cual se podrían crear nuevos productos o limita el acceso a la misma. Se trata de un delicado equilibrio y, como sostiene un ganador del Premio Nobel de Economía, es imposible lograr un equilibrio para generar un mercado eficiente en cuanto a la circulación de la información.⁴⁵ Más allá de la posibilidad teórica de resolverlo, en la práctica es un problema complicado. En otras palabras, incluso si el cercamiento de las tierras arables del común produjo ganancias (lo cual es discutible), el cercamiento de los bienes comunes de información tiene el potencial de afectar negativamente la innovación y de estimularla al mismo tiempo.⁴⁶ Más derechos de propiedad, incluso cuando supuestamente ofrecen más incentivos, no necesariamente dan como resultado un aumento y una mejora en la producción y la innovación; a veces el efecto es el opuesto. Quizá los derechos de propiedad intelectual *enlentezcan* la innovación por poner obstáculos en su camino; por ejemplo, mediante la exigencia de licencias.⁴⁷ Recurriendo a una interesante inversión de la idea de la tragedia de los

⁴⁴ Véase Boyle, *Shamans*, nota 32; William M. Landes & Richard A. Posner, “An economic analysis of Copyright Law”, *J. Legal Stud.*, vol. 18, 1989, págs. 325, 348; Jessica Litman, “The public domain”, *Emory L.J.* vol. 39, 1990, págs. 965, 1010-1011; Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, “The law & economics of reverse engineering”, *Yale L.J.*, vol.111, n°7, 2002, págs. 1575-1664.

⁴⁵ Sanford J. Grossman y Joseph E. Stiglitz, “On the impossibility of informationally efficient markets”, *Am. Econ. Rev.*, vol. 70, 1980, págs. 393-408, en especial págs, 393, 404.

⁴⁶ Véase James Boyle, “Cruel, mean or lavish?: Economic analysis, price discrimination and digital intellectual property”, *Vand. L. Rev.*, vol. 53, 2000, pág. 2007 [de aquí en adelante Boyle, “Cruel”], donde aparece un análisis de carácter más técnico.

⁴⁷ El ejemplo más reciente de este fenómeno es el de la multiplicidad de obstáculos legales para el lanzamiento del “Golden Rice” al mercado. Un análisis extraordinario de los distintos temas involucrados con este asunto y las estrategias para manejarlos aparece en R. David Dryder et al.. “The intellectual and technical property components of Pro-Vitamin A rice (Golden Rice): A preliminary freedom-to-operate review”, disponible en http://www.isaaa.org/publications/briefs/Brief_20.htm (visitado el 9 de abril de 2002). Cuando se evalúan las consecuencias económicas de las patentes, se deben sopesar las demoras y los

comunes, Heller y Eisenberg se refirieron a esos efectos –los costos de transacción que surgen de los múltiples derechos de propiedad sobre los elementos necesarios para alguna innovación futura– como “La tragedia de los anticomunes”.⁴⁸

IV

PROPIEDAD INTELECTUAL Y DISTRIBUCIÓN DE LA CREATIVIDAD

Hasta aquí, mis argumentos han dado por sentadas las cuestiones de los incentivos/acción colectiva para los cuales la propiedad intelectual es una solución. He discutido la medida en la que la lógica del cercamiento opera para los bienes comunes intelectuales del mismo modo en que operaba en el caso de las tierras arables del común, tomando en cuenta los efectos de una sociedad de la información y una Internet global. Lo que no he hecho hasta ahora es preguntarme si una red global transforma de hecho nuestros supuestos acerca de la creatividad y la innovación en el sentido de darle nueva forma al debate sobre la necesidad de contar con incentivos, al menos en determinadas áreas. Y justamente ésta es la pregunta que debe formularse.

Para los interesados en la forma en que las redes permiten el desarrollo de nuevos métodos de producción en colaboración, el movimiento del software libre o el movimiento más amplio pero menos estridente conocido con el nombre de software de código fuente abierto ofrecen estudios de caso interesantes.⁴⁹ El software de código de

incrementos en los costos debido a la red de derechos de propiedad y los beneficios que aportan a la sociedad los incentivos a la innovación, la exigencia de divulgación y el acceso futuro al producto patentado. Cuando los niveles de calificación para la exigencia de patentes son muy bajos, los beneficios son mínimos y los costos, muy altos, la red de derechos de propiedad se enmaraña particularmente, se complica la innovación, el monopolio “compra” poca inventiva y la divulgación casi no tiene valor.

⁴⁸ Michael A. Heller y Rebecca S. Eisenberg, “Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research”, *Science*, vol. 280, n° 5364, 1 de mayo de 1998, pág. 698.

⁴⁹ Véase Glyn Moody, *Rebel Code: Linux And The Open Source Revolution*, 2001; Peter Wayner, *Free For All: How Linux and the Free Software Movement Undercut the High-Tech-Titans*, 2000; Eben Moglen,

fuelle abierto se lanza bajo una serie de licencias, entre las que la más importante es la Licencia Pública General (GPL, por su sigla en inglés). La GPL especifica que todos pueden copiar el software siempre que la copia, el código fuente y el software sigan perteneciendo al dominio público y vinculados a la misma licencia.⁵⁰ Los usuarios pueden añadir líneas al código o modificarlo, usarlo para nuevos desarrollos e incorporarlo a su propio trabajo, pero si lo hacen, el nuevo programa creado también queda bajo licencia GPL. Algunos se refieren a este hecho como la naturaleza “viral” de la licencia; otros consideran que el término es ofensivo.⁵¹ La cuestión es que lo que el emprendimiento tiene de abierto se divulga. No es simplemente una donación de un programa o un trabajo al dominio público sino una continua acrecencia con la que todos se benefician siempre y cuando estén de acuerdo en aportar sus agregados e innovaciones al proyecto comunal.

Los movimientos de software libre y de software de código fuente abierto produjeron software que compite con la capacidad del software propietario o en código binario convencional y, según piensan muchos, la excede.⁵² Su adopción a “nivel empresarial” es impresionante, como lo son los enormes elogios y el entusiasmo por sus bondades técnicas. Se debe destacar que no sólo funciona bien técnicamente sino que además es un ejemplo de innovación de alta calidad, amplia y continua. También es importante remarcar su funcionamiento a nivel social como sistema que se sostiene

“Anarchism triumphant: Free software and the death of copyright”, *First Monday*, n° 4, pág.8 (2 de agosto de 1999), disponible en http://firstmonday.org/issues/issue4_8/moglen/index.html.

⁵⁰ El software propietario o binario se lanza generalmente después de que se ha compilado el código fuente en un objeto de código de lectura que, por sus intrincadas características, resulta inaccesible para el usuario. Incluso si el usuario fuese un especialista en programación y los artículos de la ley de propiedad intelectual, las licencias pertinentes y la DMCA no le prohibieran hacerlo, no podría modificar el software propietario comercial a fin de adaptarlo a sus necesidades, ni eliminar un bug ni agregarle una característica nueva. Los programadores de software de código fuente abierto afirman con desdén que eso es como comprar un auto con el capó bloqueado. Véase Wayner, nota 49, pág.264

⁵¹ Véase Brian Behlendorf, “Open source as a business strategy”, en Chris Dibona et al. (eds.), *Open Sources: Voices From The Open Source Revolution*, 1999, págs. 149,163.

⁵² Véase Bruce Brown, “Enterprise-level security made easy”, *PC Mag.*, 15 de enero de 2002, pág. 28; Jim Rapoza, “Open-source fever spreads”, *PC Week*, 13 de diciembre de 1999, pág. 1.

solamente gracias a una red de voluntarios. Aquí, aparentemente, estamos frente a un bien público clásico: códigos que pueden ser copiados libremente y pueden venderse o redistribuirse sin la obligación de pagarles a sus creadores. Se podría decir que es como una tragedia de los comunes del tipo de la que describí en la primera sección de este trabajo. Obviamente, con bienes como el software, de uso no competitivo y no excluyente, este método de producción no puede sostenerse; los incentivos no son lo suficientemente adecuados como para asegurar la producción continua. *E pur si muove*, como replicó Galileo a las certezas del cardenal Belarmino, “Y sin embargo se mueve”.⁵³

Las razones por las cuales el sistema funciona son tema de debate. ¿Sus motivaciones son las de la economía del don? ¿Es, en verdad, una forma de intercambio de regalos, en la cual uno gana prestigio por la extravagancia de los recursos que “pierde”? ¿El código de fuente abierto contribuye a armar tácitamente un currículum que trae beneficios por otras vías? ¿Es el instinto propio de la especie, el amor por la creación que nos lleva continuamente a crear cosas nuevas, mientras el *Homo economicus* se quedaría en la cama, meditando sobre los problemas de los bienes públicos?⁵⁴

⁵³ E. Cobham Brewer, *The Dictionary Of Phrase And Fable*, 1894, págs. 1111-1112.

⁵⁴ Un enunciado fundamental, véase Moglen, nota 49, es el siguiente: [L]os “incentivos” son solamente una metáfora, y como metáfora para definir la actividad creativa humana es bastante pobre. Ya he dicho esto antes, pero la mejor metáfora surgió el día en que Michael Faraday advirtió lo que ocurría cuando se enrollaba una bobina alrededor de un imán que gira sobre su eje. La corriente circula por el cable de la bobina, pero no nos preguntamos qué incentivo tienen los electrones para moverse. Decimos que la corriente es una propiedad emergente del sistema, a la que llamamos inducción. La pregunta que hacemos es cuál es la resistencia del cable. Así, el corolario metafórico de Moglen a la ley de Faraday dice que si uno enrolla Internet alrededor de todas las personas del planeta y el planeta gira, el software fluye en la red. Es una propiedad emergente de las mentes humanas en conexión crear cosas por el placer del otro y para vencer la angustiante sensación de soledad. La única pregunta que cabe formularse es cuál es la resistencia de la red. El corolario metafórico de Moglen a la ley de Ohm es que la resistencia de la red es directamente proporcional a la fuerza del campo del sistema de “propiedad intelectual”. Entonces la respuesta que habría que darle al enano economista es que hay que resistir la resistencia”.

Yochai Benkler y yo diríamos que esos temas son divertidos pero, en última instancia, irrelevantes.⁵⁵ Supongamos una situación de distribución al azar de estructuras de incentivos entre distintas personas, una red global en la que los costos de transmitir, informar, compartir y copiar se aproximan a cero, y un proceso de creación modular. Con estos supuestos, no importa por qué se dedican a crear, lo importante es que muchos lo hacen. Una persona trabaja por amor al prójimo; otra, porque espera conseguir un trabajo mejor; otra, porque le divierte resolver acertijos, y otras, por otros motivos. Cada uno tiene su propio precio base, el momento en que dice: “Ahora voy a apagar el televisor y me voy a crear alguna cosita”. Pero en una red global hay tanta gente y los costos son tan bajos que incluso los proyectos relativamente complejos atraen a las personas motivadas y capaces cuyo precio base ya ha sido superado. Para que toda la estructura funcione sin coordinación a gran escala centralizada, es necesario que el proceso de creación sea modular, con unidades de distinto tamaño y complejidad, cada una con su necesidad particular de capacitación y con la posibilidad de que todas se unan para formar un gran todo. Yo puedo trabajar en el programa de envío de correo electrónico, otra persona puede dedicarse a los algoritmos de búsqueda. Lo más probable es que muchas personas hagan el intento, que la comunidad juzgue su tarea y que se adopten los mejores trabajos. En estas condiciones, mezcla curiosa de Kropotkin y Adam Smith, Richard Dawkins y Richard Stallman, *habrá* una distribución de lo producido sin que tengamos que depender del modelo de software propietario de exclusión. El emprendimiento total es mucho, mucho más grande que la suma de las partes. Además, y éste es el giro fascinante, cuando el proceso de producción necesita una coordinación más centralizada, un gobierno (“*Governance*”) que

⁵⁵ Benkler da una explicación muy elegante, formal, en tanto la mía es más tosca. Véase Yochai Benkler, “Coase’s Penguin, or, Linux and the nature of the firm”, *Yale L.J.*, vol. 112, n° 3, 2002, págs. 369-446 [de aquí en adelante Benkler, “Coase’s Penguin”].

ayude a unir las porciones modulares, es probable, al menos al teoría, que el sistema de control adopte la *misma forma*. En este sentido, la distribución de la producción es potencialmente recursiva. Los procesos de gobierno (“*Governance*”) también pueden ser ensamblados con métodos distribuidos en una red global por personas con diversas motivaciones, capacidades y precios base.⁵⁶

Pero para usar el lenguaje de los programadores de computación, ¿esto funciona en escala? ¿Se puede generalizar a partir de este ejemplo particular? ¿Cuántos tipos de producción, innovación e investigación encajan en el modelo descripto? Después de todo, para muchas innovaciones e invenciones se necesita maquinaria, capital y recopilación de datos reales a gran escala: material, con toda su obstinación y carácter fáctico. Quizás el modelo de código fuente abierto haya resuelto el problema de los incentivos individuales, pero ése no es el *único* problema. Además, ¿cuántos tipos de producción cultural o innovativa son tan modulares como la del software? ¿El software de código fuente abierto es un caso paradigmático de innovación colectiva que nos sirve para comprender ese caso particular y no mucho más?

Pienso que ésta también es una buena pregunta, pero quizá no sea la correcta. Creo que el método de producción de código fuente abierto es mucho más común de lo que pensamos. “Incluso antes de la llegada de Internet”, como algunos de mis estudiantes dicen con gran entusiasmo, el desarrollo de la ciencia, el derecho, la educación y los géneros musicales ha tenido mucho de parecido con el modelo que he descripto aquí. El mercado de las ideas, el turbulento desarrollo continuo del pensamiento y las normas que genera nuestra cultura política, es en sí una idea que le debe mucho más al modelo de

⁵⁶ Un teórico de la organización a quien le comenté la idea dijo: “Ah, la reacción por la lucha por el alimento”. Quienes hayan estado suscriptos a una lista de distribución de mensajes de correo electrónico de alguna organización, un proceso de producción global regido por personas que tienen mucho cerebro pero poca cortesía, sabe lo cierta que es esa descripción. *E pur si muove*.

distribución abierto que al caso especial de la innovación mercantilizada característica de las patentes y la propiedad intelectual. Con esto no digo que la propiedad intelectual y las patentes carezcan de importancia en el proceso, pero quizá sean la excepción y no la regla. Después de todo, la producción de ideas fundada en los bienes comunes nos resulta bastante familiar. De hecho, todos los lemas del movimiento del software libre tienen paralelos en la teoría de la democracia y la sociedad abierta; “cuatro ojos ven más que dos” es el ejemplo más obvio. Karl Popper habría estado de acuerdo.⁵⁷ La importancia del software de código fuente abierto no radica en que nos presenta una idea completamente nueva, es que nos hace ver con claridad una idea muy antigua. Con la llegada del código fuente abierto la tecnología fue novedosa, el proceso de producción fue transparente y el resultado del proceso, un “producto” que aventajaba a otros productos disponibles en el mercado. “¿Cómo puede haber ocurrido?, ¿qué hay de la tragedia de los comunes?”, nos preguntábamos sin entender demasiado, hasta que nos dimos cuenta de que estábamos rodeados de ejemplos de producción basada en bienes comunes no propietarios.

Aun así, eso no nos ayuda a responder la pregunta de si el modelo puede seguir ampliándose. Para responderla, necesitaríamos evaluar la modularidad de otros tipos de inventos respondiendo otras preguntas: ¿pueden dividirse en partes y distribuirse entre miembros de una comunidad extendida?, ¿qué formas de innovación requieren obligatoriamente una inversión de capital en componentes no virtuales, por ejemplo, un acelerador de partículas o la fase III de un ensayo de drogas? Creo que la creciente migración de las ciencias hacia modelos basados mayormente en el procesamiento de datos hace que un número mayor de innovaciones y descubrimientos se conviertan en candidatos potenciales para incluir dentro del modelo de distribución de datos. La

⁵⁷ Véase Karl Popper [1945], *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, 1994.

bioinformática y la biología computacional, el proyecto genómico de código fuente abierto,⁵⁸ la posibilidad de que voluntarios no especializados examinen los datos distribuidos⁵⁹ son todos casos que permiten ver qué podría suceder en el futuro. Por último, claro está, Internet es un gran experimento de producción cultural entre colegas, como lo describe Benkler.⁶⁰

Si las preguntas consignadas más arriba son buenas, ¿por qué no son correctas? He compartido aquí lo que creo acerca del futuro del modelo de distribución de innovaciones; mi propia utopía incluye un régimen de propiedad intelectual que si bien es a escala reducida, no deja de ser poderoso. Escenarios igualmente plausibles lo consideran un punto muerto o el que inevitablemente obtendrá la victoria en la guerra de los procesos productivos. Pero todas éstas son suposiciones; al menos hay alguna posibilidad, incluso una esperanza, de que en el mundo haya mucha más producción intelectual e inventiva libre. Como dice Richard Stallman: “‘Libre’ en el sentido que se utiliza el término en la frase ‘libre expresión’”, y no en el sentido de gratis, como se usa en “canilla libre”.⁶¹ Pero podríamos tener la esperanza de que gran parte de ese tipo de producción esté libre de control centralizado y *además* que su costo sea bajo o nulo. Cuando el costo marginal de la producción es cero, el costo marginal de la transmisión y el almacenamiento se acerca a cero, el proceso de creación es adictivo y gran parte del trabajo no se cobra; y bueno, en ese caso, el mundo cambia mucho.⁶² Al menos éste es un

⁵⁸ Véase <http://www.ensembl.org> (visitado el 18 de septiembre de 2002).

⁵⁹ Por ejemplo, el experimento “Clickworkers” de la NASA, que se valió de voluntarios del público para analizar datos del aterrizaje en Marte. Véase <http://clickworkers.arc.nasa.gov/top> (visitado el 30 de septiembre de 2002).

⁶⁰ Benkler, “Coase’s Penguin”, pág. 397; véase nota 55.

⁶¹ Stallman, fundador de la Free Software Foundation, hace esta distinción en el sitio web de la fundación, <http://www.gnu.ai.mit.edu/philosophy/free-sw.html> (visitado el 19 de diciembre de 2002).

⁶² Exhibit A: Internet —desde el software y los protocolos en los que se ejecuta hasta las múltiples fuentes de contenido e información creadas por voluntarios.

futuro posible o parte de un futuro posible, que no deberíamos descartar sin pensarlo antes detenidamente. Eso es lo que estamos haciendo. Los proyectos de ley y las directivas sobre protección de bases de datos, que amplían los derechos de propiedad intelectual hasta abarcar el estrato de los hechos;⁶³ la proliferación de patentes de software;⁶⁴ la validación de licencias por apertura de envoltorio (*shrinkwrap*) encuadrada dentro de la Ley de Transacciones Uniformes de Información Computarizada (ley UCITA, por su sigla en inglés), que involucra a terceras partes;⁶⁵ los artículos anticircunvencción de la Ley de derechos de autor para el milenio digital,⁶⁶ todo esto no apunta solamente a dificultar el modelo de creación entre colegas sino que en muchos casos directamente lo prohíbe. Considero que esto es así, pero no voy a desarrollar los argumentos pertinentes, aunque creo que puede demostrarse sobradamente (y, de hecho, ya se lo ha demostrado).⁶⁷

De modo que existe la posibilidad de que florezca un nuevo (o viejo, pero poco reconocido) método de producción en formas que parecen verdaderamente valiosas para la libre expresión, la innovación, el descubrimiento científico, el bolsillo de los

⁶³ Véase la Ley de acceso a la información de consumidores e inversores de 1999, H.R. 1858, 106° Cong., § 101(1) (1999); Ley de antipiratería de inversión y propiedad intelectual de bases de datos de 1996, H.R. 3531, 104° Cong. (1996); véase asimismo DIRECTIVA, nota 23.

⁶⁴ Véase Julie E. Cohen & Mark A. Lemley, "Patent Scope and Innovation in the Software Industry", *Cal. L. Rev.* vol. 89, 2001, pág. 1. Véase asimismo Pamela Samuelson et al., "A manifesto concerning the legal protection of computer programs", *Colum. L. Rev.*, vol. 94, n° 8, 1994, pág. 2308.

⁶⁵ UCITA (2001), disponible en <http://www.ucitaonline.com/> (visitado el 13 de mayo de 2002).

⁶⁶ 17 U.S.C. § 1201 (2002).

⁶⁷ Entre otros, se han ocupado del tema Pamela Samuelson, Jessica Litman, Jerry Reichman, Larry Lessig, y Yochai Benkler. Véase Litman, nota 32; Benkler, "Free as the air", nota 25; Pamela Samuelson, "Intellectual property and the digital economy: Why the anti-circumvention regulations need to be revised", *Berkeley Tech. L.J.*, vol. 14, 1999, págs. 519, 566; J.H. Reichman & Paul F. Uhlir, "Database protection at the crossroads: Recent developments and their impact on science and technology", *Berkeley Tech. L.J.*, vol. 14, n° 2, 1999, págs. 793-838; Lawrence Lessig, "Jail time in the digital age", *N.Y. Times*, 30 de julio de 2001, pág. A17. Los autores tienen perspectivas algo diferentes respecto del problema, pero todos señalan los obstáculos que se ponen a las soluciones que no se encuadran dentro de la categoría de propietario Véase asimismo Boyle, "Cruel", nota 46.

consumidores, algo que William Fisher denomina “democracia semiótica”⁶⁸, y quizá, valioso para el equilibrio entre la creación que se hace por placer y la creación tediosa que se hace por dinero. Es verdad que esto es solamente una posibilidad. Es verdad que el ámbito de operación de esa teoría y su sustentabilidad son inciertos. ¿Pero por qué razón querríamos descartarla? Las ampliaciones recientes de la propiedad intelectual son una amenaza en tal sentido. Además, hay que recordar que esas ampliaciones eran dudosas incluso en un mundo en el que veíamos poca o ninguna posibilidad de aplicación del modelo de distribución que he descrito, en el que la discusión sobre los efectos de red todavía no había alcanzado las páginas del *New Yorker*,⁶⁹ y en el que nuestra preocupación por los excesos en la propiedad intelectual eran solamente los que nos legaron Jefferson, Madison y Macaulay hace tanto tiempo.

V

¿MÁS ALLÁ DEL CERCAMIENTO?

Así hemos completado el círculo. ¿Estamos frente al segundo movimiento de cercamiento? Según lo expuesto, en muchos aspectos se puede decir que sí. Los detractores y los defensores del cercamiento siguen trabados en combate, y cada uno de los bandos recurre a aseveraciones conflictivas y a veces inconmensurables sobre la eficiencia, la innovación, la justicia y los límites del mercado. ¿Pero *debería ser* el segundo movimiento de cercamiento? ¿Sabemos que con los derechos de propiedad en este campo se obtendrá la misma oleada de energía productiva que, según se afirma, tuvo

⁶⁸ William W. Fisher III, “Property and contract on the Internet”, *Chi.-Kent L. Rev.*, vol. 73, 1998, págs. 1203, 1217-1218.

⁶⁹ Véase James Boyle, “Missing the point on Microsoft”, *Salon.Com*, 7 de abril de 2000, disponible en <http://www.salon.com/tech/feature/2000/04/07/greenspan/index.html>. [de aquí en adelante, Boyle, “Missing the point”].

el cercamiento de las tierras arables?⁷⁰ La respuesta a este interrogante es un “no” rotundo. Nos apresuramos a cercar cada vez más porciones de bienes comunes intelectuales sin evidencias económicas convincentes de que el cercamiento será favorable para los procesos de innovación y con buenas razones para pensar que en realidad los perjudicará.⁷¹ Como ya he sugerido, este segundo movimiento de cercamiento debería ser considerado molesto por individuos de todo el espectro ideológico, desde los libertarios a favor de los derechos civiles hasta los defensores del libre mercado; el mundo de las artes y las ciencias tendría que prestar particular atención al proceso. El sistema científico estadounidense, con todos sus defectos, funciona perfectamente bien. Cambiar algunas de sus premisas fundamentales, como lo sería aplicar derechos de propiedad a la recopilación de datos, es algo que no debe hacerse a la ligera.

Actualmente, los peligros son muy grandes por tres razones. En primer lugar, el proceso de propietarización constituye un círculo vicioso. Los argumentos son algo complejos como para desarrollarlos aquí,⁷² pero en esencia el punto es el siguiente: una vez que se crea un nuevo derecho de propiedad intelectual sobre un bien de información, la única forma de asegurar una distribución eficiente de ese bien es otorgarle al titular del

⁷⁰ Esto equivale a suponer que el cercamiento *en efecto* trajo como consecuencia una ganancia en eficiencia para las tierras arables, aunque, como comenté anteriormente, los historiadores económicos no coinciden en este tema. Véase Allen, “Efficiency”, nota 9. En todo caso, se podría decir que la evidencia empírica es ambigua. Existen razones para creer que los bienes, lejos de ser trágicos, con frecuencia se administraban bien. Pero la justificación del cercamiento es más fuerte en el caso de las tierras arables; incluso si no se le da importancia a las evidencias en contrario, los bienes comunes intelectuales son un caso muy distinto, y la mayor parte de las diferencias van en contra de la lógica del cercamiento, al menos sin más evidencia de la que tenemos.

⁷¹ Algunas de las leyes relacionadas con este tema también son de constitucionalidad dudosa a la luz de la Primera Enmienda y la cláusula de derechos de autor. Véase Yochai Benkler, “Through the looking glass: Alice and the constitutional foundations of the public domain”, *Law & Congtem. Probs.*, vol. 66, 2003, pág. 173. Esto es particularmente extraño en una época en la que otros subsidios oficiales están sujetos a un persistente escepticismo y a exigencias de sustento empírico. ¿Vale la pena enseñarles a leer a los niños pobres en edad preescolar? ¿Dónde está la información que lo justifica?

⁷² Véase la versión completa en Boyle, “Cruel”, nota 46.

derecho un control aún mayor sobre el usuario o el consumidor en el mercado de venta para permitir una discriminación de precios, pues el único monopolio perfecto es el monopolio con perfecta discriminación de precios.⁷³ Aun así, para lograr una discriminación de precios perfecta en los bienes digitales de propiedad intelectual cuyo costo marginal es cero, los titulares de derechos dirán que necesitan *más* cambios en las reglamentaciones: estándares de privacidad más flexibles para saber más sobre los niveles de precios posibles para los distintos grupos de consumidores; aplicación de licencias por apertura de envoltorio (*shrinkwrap*) y contratos de adhesión de configuración en línea (o contratos *clickwrap*) de modo que los usuarios estemos sujetos a los términos de una licencia en particular, sea cual sea su nivel de restricción; y cambios en las leyes antitrust para que prácticas que hoy en día son ilegales, como la imposición de precios de reventa y otras formas de atadura, estén permitidas. Los titulares de derechos también dirán que necesitan cambios técnicos con sustento legal, como la creación de objetos digitales personalizados rodeados de vallas digitales exigidas por el Estado, objetos que estén atados a usuarios y computadoras particulares, de modo que la lectura de mi libro electrónico en la computadora de otra persona sea técnicamente imposible, un delito o una infracción, o las tres al mismo tiempo. La cuestión es que todo esto se puede representar como una pendiente por la cual es más fácil bajar que subir. Entonces debemos pensar con claridad en las consecuencias que traerán las decisiones que tomemos a las apuradas

En segundo lugar, para crear las condiciones necesarias para las clases de discriminación de precios descritas anteriormente, las características de Internet por las

⁷³ La discriminación de precios perfecta es la capacidad de cobrar a todos los usuarios el máximo exacto de lo que están dispuestos a pagar dentro de su capacidad, de modo que el mercado debe estar perfectamente segmentado de acuerdo con los distintos precios.

que los defensores de los derechos civiles se sienten tan atraídos –su carácter anónimo distribuido, su resistencia al control y a la aplicación de filtros por parte de entidades públicas o privadas y su naturaleza global– empiezan a ser consideradas más como errores que como simples características. El proceso de tratar de convertir la red en un lugar seguro en beneficio del proyecto de discriminación de precios ya ha comenzado. Como nos muestra Larry Lessig, esto es una elección pública fundamental que debería hacerse abierta y deliberadamente en lugar de hacerse de manera imperceptible como si fuese un efecto secundario de un movimiento de cercamiento digital económicamente dudoso.⁷⁴ Debido a amenazas como la del terrorismo, podríamos optar por vivir en un entorno con amplio monitoreo electrónico en el se vuelvan a imponer la identidad, la geografía y, por lo tanto, la regulabilidad, aunque, en mi opinión, no valdría la pena pagar tal precio. ¿Pero debe hacerse esto tomando como justificación argumentos microeconómicos sobre las necesidades de la industria del entretenimiento, sin buenas evidencias empíricas, y descartando algunas de las nuevas posibilidades productivas más interesantes? Bueno, la verdad es que sería bastante triste.

En tercer lugar, los argumentos a favor del nuevo movimiento de cercamiento dependen en gran medida de los supuestos de la “ortodoxia neoliberal” representada en el “Consenso de Washington”, supuestos que son intelectualmente complacientes y analíticamente superficiales.⁷⁵ El mundo del Consenso de Washington se divide en dos partes. En una, que disminuye minuto a minuto, se ubican esas porciones de la economía en las que el gobierno juega un papel regulatorio importante. La tarea del pensamiento económico neoliberal es forzarnos a privatizar lo poco que queda por privatizar; después

⁷⁴ Véase Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Networked World*, 2001.

⁷⁵ Véase nota 33.

de todo, sabemos que “la intervención estatal en la economía” es una receta que lleva al desastre. La segunda parte del Consenso de Washington es un lugar feliz: el reino del eficiente libre mercado, donde el Estado ni regula, ni subsidia ni otorga franquicias sino que define y protege los derechos de propiedad. Mientras que las consecuencias no intencionadas son frecuentes en el mundo de la regulación gubernamental, no debe esperarse que exista tal peligro si el gobierno simplemente otorga patentes a una secuencia génica o a una línea de células madre o crea un derecho de propiedad correspondiente a una recopilación de hechos. La propiedad es buena, y cuanta más propiedad, mejor.⁷⁶ Sería irónico, y estoy siendo moderado, mantener esta postura en el caso de los bienes comunes de *información*, área en la que el delicado equilibrio del sistema de propiedad debería ser más claro y las opciones políticas involucradas, más obvias. Es doblemente irónico en una época en la que hay ejemplos de modos de distribución de la producción que amplían nuestro sentido de lo económicamente posible y que contrarían nuestra autosuficiencia acerca de las formas limitadas en las que se puede administrar la innovación y la producción.

Ahora bien, ¿cuál es la alternativa al segundo movimiento de cercamiento? Necesitamos más y mejor información empírica, y nuestro sistema de propiedad intelectual debería ser auditado como se hace con otros subsidios del gobierno, para asegurar que se obtiene aquello por lo que se paga y para no pagar demasiado por lo que se obtiene. Pero el proceso que he presentado aquí no es completamente racional. En ciertos casos, es impulsado por las palancas que la industria ha capturado de manos del poder estatal; en otros, por una serie de atractivas creencias que dominan las ideas que hay en esta materia. Yo me he dedicado aquí a describir la lógica del cercamiento: “La

⁷⁶ Véase Boyle, “Missing the point”, nota 69.

propiedad salva vidas. Mayores incentivos equivalen a mayor producción”. En otros trabajos, he explorado el impacto del ideal de la creación original, creación *ex nihilo*, tomando en cuenta nuestros supuestos de la necesidad de proteger el dominio público.⁷⁷ ¿Quién necesita el dominio público si puede crear de la nada? El propósito de este ensayo es mostrar que no es suficiente con criticar la lógica del cercamiento. Se necesita algo más profundo, un cambio en la manera de comprender estos temas, un cambio que transforme incluso nuestra concepción de los propios intereses y haga posibles coaliciones donde antes no existían.

En la segunda parte de este artículo me propongo presentar el lenguaje y las herramientas de análisis necesarias para revertir el proceso de cercamiento. Allí proporciono una reseña histórica de varios tipos de perspectivas escépticas en torno a la propiedad intelectual, entre las que se encuentran las críticas antimonopólicas de los creadores de la Constitución de los Estados Unidos, el surgimiento de argumentos a favor del dominio público y el uso del discurso de los bienes comunes para defender la posibilidad de existencia de métodos distribuidos de producción no propietaria. En muchos aspectos, las concepciones del dominio público muestran la misma variación de supuestos, y las mismas diferencias analíticas, que el concepto de propiedad en sí. Mis conclusiones giran alrededor de la idea de que, por muchas razones, el modelo adecuado para modificar nuestra forma de pensar en el sentido que propongo proviene de la historia del movimiento ambientalista. La creación del concepto de “medio ambiente” reúne una serie de cuestiones que de otro modo quedarían inconexas, proporciona una comprensión

⁷⁷ Véase Boyle, *Shamans*, nota 32; James Boyle, “A theory of law and information: Copyright, spleens, blackmail, and insider trading, *Cal. L. Rev.*, vol. 80,1992, pág. 1413 [de aquí en adelante, Boyle, “Theory”].

analítica de la ceguera ligada a formas anteriores de pensamiento, y lleva a relacionar el interés común con cuestiones que nadie había visto antes. Como en el caso del medio ambiente, antes de salvar el dominio público, hay que “inventarlo”. Como en el caso del medio ambiente, como la “naturaleza”, el dominio público resulta ser un concepto más escurridizo de lo que muchos creemos. Y, como el medio ambiente, el dominio público, a pesar de todo, resulta ser útil, quizás, incluso necesario.

SEGUNDA PARTE: CONTRA EL CERCAMIENTO

VI ANTIMONOPOLIO E IMPUESTO SOBRE LA LECTURA

La propiedad intelectual siempre ha tenido detractores, pensadores brillantes, por cierto, cuyos escritos llenan de oprobio a los académicos contemporáneos.⁷⁸ Thomas Jefferson encabeza la lista en los Estados Unidos. En los escritos de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos a John Perry Barlow aparece citada una carta de Jefferson a Isaac McPherson de 1813:

Si algo ha creado la naturaleza menos susceptible que las demás cosas a la propiedad exclusiva, es el efecto y acción del poder del pensamiento que denominamos idea, que puede estar en poder de un individuo siempre y cuando se lo guarde para sí, pero ni bien lo divulga, pasa por fuerza a ser posesión de todos, y su receptor no puede desposeerlo. Por su carácter peculiar, además, nadie lo posee en mayor o menor medida, porque todos lo poseen por completo. Quien recibe una idea mía se instruye sin disminuir mi instrucción, así como quien enciende una vela con mi luz se ilumina y no me deja en la oscuridad. El hecho de que las ideas se diseminen entre las personas por toda la faz de la Tierra, para que los hombres se instruyan entre sí, se eleven moralmente y mejoren su condición, parece responder a un diseño benévolo y peculiar de la naturaleza, que las hizo expandibles en el espacio como el fuego, sin que disminuya en punto alguno su densidad, y, como el aire que respiramos, en el que nos movemos y en el que existimos, imposibles de encierro o apropiación exclusiva. Así, por naturaleza, las invenciones no pueden ser objeto de propiedad.⁷⁹

⁷⁸ A decir verdad, eso no es muy difícil hoy en día.

⁷⁹ Carta de Thomas Jefferson a Isaac McPherson (13 de agosto de 1813), en Albert Ellery Bergh (ed.) *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 13, 1907, págs. 326, 333-334. [De aquí en adelante, “carta Jefferson/McPherson”.]

Quienes citan el pasaje suelen detenerse en este punto, lo cual es imperdonable porque da la idea de que Jefferson estaba incondicionalmente en contra de los derechos de propiedad intelectual. En realidad, eso sería una exageración. Cuando Jefferson afirma que la invención no puede ser nunca objeto de propiedad, se refiere a un derecho de propiedad permanente y exclusivo que, como forma parte del derecho natural, ningún gobierno justo puede compendiar. “La propiedad estable es consecuencia del derecho social, y se da tarde en la evolución de las sociedades. Sería curioso, por tanto, que una idea, el fermento fugitivo de una mente individual, pudiera reclamarse, en virtud del derecho natural, como propiedad exclusiva y estable.”⁸⁰ Esto no significa, claro está, que no puedan estar protegidas por monopolios temporarios de creación estatal, instituidos para el bien común. En las líneas que siguen al conocido pasaje citado más arriba, Jefferson sigue diciendo:

La sociedad puede conceder un derecho exclusivo sobre las ganancias provenientes de [las invenciones], como forma de incentivar a los hombres a desarrollar las ideas que puedan tener cierta utilidad, pero esto puede hacerse o no, según la voluntad y conveniencia de la sociedad, sin que haya lugar para reclamos o quejas de persona alguna. En concordancia con lo dicho, es un hecho que Inglaterra era, de acuerdo con mi conocimiento, el único país del mundo en conceder, por medio de una ley general, el derecho legal de tener el uso exclusivo de una idea, hasta que nosotros la imitamos. En algunos otros países también se ha hecho, en casos especiales y por medio de una ley especial y particular, pero, en términos generales, en las otras naciones se considera que esos monopolios producen en la sociedad más complicaciones que ventajas. Y de hecho

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 333.

puede observarse que las naciones que se niegan a conceder monopolios para las invenciones son tan prósperas en la producción de inventos útiles y novedosos como Inglaterra misma.⁸¹

El mensaje de Jefferson transmite un reconocimiento escéptico de que los derechos de propiedad intelectual *podrían* ser necesarios, junto con una cuidadosa explicación de por qué no deben ser considerados como derechos naturales y una advertencia acerca de los peligros monopólicos que entrañan. Estas ideas encontraron eco treinta años más tarde en Gran Bretaña, en las palabras de Thomas Babington Macaulay. Sus discursos al Parlamento inglés de 1841 sobre la extensión del plazo de validez de los derechos de autor aún expresan mejor que ningún otro escrito su postura: los derechos de propiedad intelectual son un mal necesario y deben estar cuidadosamente acotados por la ley. Para mantener la oferta de libros valiosos, los autores “deben recibir una remuneración por su labor literaria. Y sólo hay dos formas posibles de remuneración. Una de ellas es el mecenazgo; la otra, los derechos de propiedad intelectual”.⁸² El mecenazgo queda descartado desde un principio:

No puedo concebir un sistema más fatídico para la integridad e independencia de los hombres de letras que aquel en el que están supeditados a ganarse el pan según el favor de nobles y ministros [...]. Nos queda, entonces, un solo recurso: someternos a los derechos de autor, por más defectos que tengan. Y de hecho, los defectos no son pocos, y no tienen una importancia menor. Los derechos de autor son un monopolio, y tienen

⁸¹ Ibidem, pag. 334.

⁸² Thomas B. Macaulay, “A Speech Delivered in the House of Commons” (5 de febrero de 1841), en *The Life And Works Of Lord Macaulay* vol. VIII, Londres, Longmans, Green, and Co., 1897, pág. 201.

todas las consecuencias que en general se atribuyen al monopolio. Este amigo mío, honorable y culto, se refiere con desprecio a quienes se dejan llevar por la teoría de que el monopolio encarece los productos. Sin duda, ésa es una teoría, como puede decirse que son teorías todas las grandes verdades establecidas por la experiencia a lo largo de las épocas y a lo ancho de la geografía, que se dan por sentadas en todos los razonamientos. Es una teoría en el mismo sentido en que es una teoría que el día sigue a la noche y la noche al día, que el plomo pesa más que el agua, que el pan alimenta, que el arsénico es un veneno, que el alcohol embriaga. Sí, como mi honorable y culto amigo parece pensar, el mundo entero se equivoca en este aspecto, si el verdadero efecto del monopolio es producir bienes baratos y de buena calidad, ¿por qué su campaña a favor del cambio es tan timorata? ¿Por qué limita un principio tan saludable a sesenta años? ¿Por qué acepta cualquier límite temporal inferior a la perpetuidad? Según él, aceptaba tiempos menores a la perpetuidad porque quería llegar a un equilibrio entre el bien absoluto y la conveniencia. Sin embargo, si su opinión sobre el monopolio es correcta, entonces el bien absoluto y la conveniencia tendrían que coincidir. O, mejor aun, ¿por qué no volvemos a instituir el monopolio de la Compañía de las Indias Orientales? ¿Por qué no revivimos todos esos antiguos monopolios que durante el reinado de Isabel I irritaban a nuestros padres con su descaro, a tal punto que, enloquecidos por el intolerable malestar, se opusieron ante Su Majestad con tanta firmeza que hicieron flaquear su espíritu por primera y única vez? ¿Fue por lo baratas y buenas que eran las mercancías que se indignó tan furiosamente el pueblo inglés? Yo creo, Señor, que puedo suponer sin temor a equivocarme que los efectos del monopolio son la escasez de productos, su encarecimiento y su mala calidad. Y con igual seguridad puedo desafiar a mi honorable amigo a buscar diferencias entre los derechos de autor y otros privilegios del mismo tipo, razones por las cuales un monopolio de libros debería tener efectos directamente inversos a los que tuvieron el monopolio del té de la Compañía de las

Indias Orientales o el monopolio de vinos dulces de Lord Essex. Entonces, así están las cosas. Es bueno que los autores sean remunerados, y la forma menos ofensiva es que la remuneración sea un monopolio. Sin embargo, el monopolio es un mal, al que debemos someternos en pro del bien. No obstante, el mal no debe durar ni un día más de lo necesario para garantizar el bien.⁸³

Estas palabras de Jefferson y Macaulay condensan el escepticismo de los partidarios del libre comercio de los siglos xviii y xix respecto de la propiedad intelectual. Jefferson mismo consideraba que en la Constitución debía haber límites precisos para el plazo de validez y el alcance de los derechos de propiedad intelectual⁸⁴, y se refería a la dificultad de “trazar una línea que divida los bienes en los que se justifica una patente exclusiva de aquellos en los que no”.⁸⁵ Madison y Adam Smith también señalaron los costos de cualquier derecho de propiedad intelectual y advirtieron sobre la necesidad de limitar su plazo de validez.⁸⁶ ⁸⁷ Su objeción fundamental era de corte

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Por ejemplo, en una carta a Madison en la que comenta el proyecto constitucional: “Hasta ahora me gusta; pero tendría que haber insistido en mi postura. Por ejemplo, los siguientes cambios y agregados me habrían gustado [...] Artículo 9: Los monopolios pueden concederse a las personas para sus propios productos en literatura y sus propios inventos en las artes, por un período que no exceda los __años, y no más de eso y con ningún otro propósito”. Carta de Thomas Jefferson a James Madison, 28 de agosto de 1789, en Albert Ellery Bergh (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson*, págs. 444, 450-451

⁸⁵ “Carta Jefferson/McPherson”, nota 79, pág. 355.

⁸⁶ James Madison, “Monopolies, perpetuities, corporations, ecclesiastical endowments, in aspects of monopoly one hundred years ago”, *Harper’s Mag.*, marzo de 1914, págs. 489-490.

⁸⁷ Dice Smith: “Cuando una compañía de comerciantes se decide, por su propio riesgo y costo, a emprender un nuevo negocio con una nación remota y bárbara, podría ser razonable incorporarlos a una sociedad anónima y otorgarles, en caso de que tengan éxito, un monopolio de ese negocio por una cantidad de años. Es la manera más fácil y natural de que el Estado los recompense por asumir los riesgos de una empresa tan peligrosa y costosa, de la que el público recogerá los frutos más adelante. Un monopolio temporario de este tipo estaría justificado en los mismos principios que justifican la concesión de un monopolio al inventor de una máquina o el monopolio de un libro a su autor. Pero cuando expira el plazo de la concesión, el contrato monopólico ha de rescindirse; las fortalezas que haya sido necesario construir pasarán a manos del gobierno, su valor se pagará a la compañía y el negocio se abrirá a todos los ciudadanos del Estado. Si se concede un monopolio a perpetuidad, todos los otros ciudadanos del Estado quedan sujetos a absurdos impuestos en dos sentidos. En primer lugar, por el elevado precio que pagan por los productos que, de haber libre comercio, serían mucho más baratos y, en segundo lugar, porque se los excluye de una rama comercial que podría resultarles conveniente y beneficiosa”. Adam Smith, “Of the expenses of public works and public institutions”, en *The Wealth of Nations*, III, [1880], Londres, Dent, 1937, pág. 339. [La

antimonopólico, aunque sería bueno tener presente que, para estos hombres, el concepto de monopolio era mucho más rico que la concepción de la economía neoclásica que utilizamos hoy en día, mucho más pobre. Para ellos, el monopolio conllevaba no solamente una pérdida económica, aunque sin dudas esto los preocupaba, sino también una tendencia a la “corrupción”. En esa corrupción se incluía el daño al tejido social de la república provocado por las grandes concentraciones de poder y riqueza, junto con los perversos incentivos otorgados a los beneficiarios de los monopolios de concesión estatal, que destinaban recursos al soborno de los legisladores de quienes dependía la concesión. Hoy en día, esos incentivos se conocen como “fondos de campaña”, “participación de accionistas en el proceso legislativo”, o “el negocio habitual” a secas.

Sin embargo, los escépticos respecto de la propiedad intelectual tienen otras objeciones. A Maculay, por ejemplo, le preocupaba el *poder* que llevaba consigo un monopolio transferible y hereditario.⁸⁸ No se trataba sólo de que “los efectos del monopolio son la escasez de productos, su encarecimiento y su mala calidad”.⁸⁹ Macaulay también señalaba que quienes tenían el control del monopolio, en especial después de la muerte del autor original, podían llegar a tener un control demasiado grande de la cultura colectiva. Los herederos o compradores de los derechos de autor podían censurar la reimpresión de una obra porque no estaban de acuerdo con su mensaje moral.⁹⁰ En ejemplos más recientes se ve también que los herederos pueden seguir

riqueza de las naciones, Madrid, Alianza, 1999].

⁸⁸ Macaulay, nota 82.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ En un discurso en la Cámara de los Comunes, Macaulay se refirió a este asunto. “Estos son casos fuertes. Yo ya he mostrado que, si la ley hubiese sido aquello en lo que ustedes quieren convertirla, las mejores obras de ficción de la lengua inglesa, los mejores trabajos biográficos, probablemente serían suprimidos. Pero creo no haber defendido mi causa con suficiente firmeza. Los libros que mencioné son particularmente inofensivos, libros que no tratan esos temas que sacan de quicio incluso a los hombres más moderados. Hay libros de otro tipo, libros que son el grito de guerra de los grandes grupos políticos y religiosos. ¿Qué sucedería si los derechos de autor de algunos de esos libros pasara o se transfiriera a algún fanático hostil? *Ibidem*.”

controlando los límites de la obra, en el intento de evitar las parodias y los desgastes, incluso mucho después de la muerte del autor original. Cabe preguntarse qué pensaría Macaulay del intento de los herederos de Margaret Mitchell de evitar la publicación de una parodia de *Lo que el viento se llevó*.⁹¹

Por cierto, a lo largo de los siglos xviii y xix, se plantearon más objeciones contra la propiedad intelectual. Por ejemplo, aunque Macaulay es el detractor más recordado de los debates de la década de 1840, hubo otros opositores, más radicales, que veían en la propiedad intelectual básicamente un “impuesto a las posibilidades de lectura”, con efectos idénticos a los de los impuestos de sellado de los periódicos.⁹² En una época en la que la alfabetización y la educación populares eran el corolario de la ampliación del derecho al voto, y tema de debate permanente, los reformistas eran hostiles a todo lo que tuviera la menor probabilidad de encarecer el costo de la lectura y, con ello, restringir el debate político y social a las clases afluentes.⁹³

La ley de patentes también contó con un buen número de críticas en el siglo xix. Una avalancha de objeciones, muchas veces formuladas por economistas en la lengua del libre comercio, pintaba el sistema de patentes como terriblemente nocivo.

En el encuentro anual del Kongress deutscher Volkswirthe celebrado en Dresde en septiembre de 1863, la siguiente resolución fue adoptada “por una abrumadora mayoría”:

“Visto y considerando que las patentes obstruyen el progreso en materia de invenciones

⁹¹ Los herederos de Mitchell intentaron prohibir la publicación de *The Wind Done Gone*, de Alice Randall, una novela que vuelve a contar la historia de *Lo que el viento se llevó* desde la perspectiva de los esclavos. El Tribunal nº 11 revirtió una orden judicial que prohibía la publicación de la novela. *SunTrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11º Cir. 2001).

⁹² Véase Catherine Seville, *Literary Copyright Reform in Early Victorian England: the Framing of the 1842 Copyright Act*, 1999, págs. 46-48.

⁹³ *Ibidem*, pág 48.

en lugar de allanarle el camino, que constituyen un obstáculo para la rápida utilización de los inventos útiles por parte del público, que, si se hace un balance, terminan perjudicando a los propios inventores y, por lo tanto, son una forma de remuneración muy engañosa, el Congreso de Economistas Alemanes resuelve que las patentes de inventos son una injuria para el bienestar general”.⁹⁴

De hecho, en los Países Bajos se abolió el sistema de patentes en 1869 como consecuencia de ese tipo de críticas.⁹⁵ Los analistas de otros países, incluida Gran Bretaña, también llegaron a la conclusión de que el sistema de patentes estaba condenado al fracaso.⁹⁶ Hubo varias propuestas para reemplazar las patentes, de entre las cuales la que contó con una mayor adhesión fue el otorgamiento de recompensas y premios estatales para los inventos de especial utilidad.⁹⁷

Estos datos aislados no son suficientes para conformar un estudio de las reacciones críticas frente a los sistemas de propiedad intelectual, pero creo que de todos modos dan una idea bastante ajustada de las discusiones de la época al respecto. Podemos hacer tres afirmaciones.

En primer lugar, desde los primeros tiempos de la propiedad intelectual tal como la conocemos hoy, las objeciones se plantearon desde el marco del libre comercio y la oposición al monopolio. En los Estados Unidos, la generación fundacional de intelectuales se había educado en la filosofía del Iluminismo escocés y la historia de la

⁹⁴ Fritz Machlup y Edith Penrose, “The patent controversy in the 18th century”, *J.Econ.Hist.*, vol. 10, 1950, págs. 1, 4 (nota 8).

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 5.

⁹⁶ *Ibidem*, pág. 1.

⁹⁷ Christine Macleod, *Inventing The Industrial Revolution*, 1988, págs 191-196. Es irónico que los economistas contemporáneos estén redescubriendo ahora los atractivos de las alternativas a las patentes. Véase *Steven Shavell & Tanguy Van Ypersele*, “Rewards versus Intellectual Property Rights”, Working Paper 6956, disponible en <http://www.nber.org/papers/w6956> (visitado el 14 de enero de 2003).

lucha contra los monopolios de la corona, de modo que no eran inmunes a los argumentos a favor a la propiedad intelectual, y, en cambio, advertían una y otra vez de la necesidad de acotarla en alcance y plazo de validez. ¿Qué era lo que los preocupaba? Temían que la propiedad intelectual trajera aparejados una escasez artificial de bienes, un encarecimiento y un empeoramiento de la calidad. Temían que fuera injusta: con todo lo que aprendimos y tomamos del pasado, ¿tenemos derecho a recortar las innovaciones que le fuimos sumando y protegerlas por medio de derechos de propiedad intelectual?⁹⁸ Más allá de las cuestiones de precios, también temían que la propiedad intelectual (sobre todo si el período de validez era largo) confiriera a un individuo o una corporación un excesivo control sobre algún aspecto de la ciencia y la cultura. También se preguntaban, aunque en voz baja, qué efectos podría tener la propiedad intelectual en el futuro de las innovaciones. Sin embargo, el tema excluyente era el fomento del libre comercio y la consiguiente oposición a toda forma de monopolio.

En segundo lugar, es importante analizar la estructura de los comentarios de Jefferson, Macaulay y los otros detractores: están formuladas como críticas de la propiedad intelectual y no como defensa del dominio público o de los bienes comunes, términos que aparecen con muy poca frecuencia en las discusiones públicas. No se produce un debate real acerca del mundo *fuera de* la propiedad intelectual, es decir su opuesto, ya sea en términos conceptuales o en términos económicos.

⁹⁸ Benjamin Franklin recuerda que “el gobernador Thomas estaba tan contento con la construcción de este horno [...] que me ofreció una patente para la venta exclusiva durante una cantidad de años, pero yo la rechacé por un principio que tengo siempre presente en este tipo de ocasiones y es el siguiente: que, así como disfrutamos las ventajas de los inventos de los demás, deberíamos estar contentos de tener la oportunidad de servir a los otros con un invento nuestro, y esto es algo que debe hacerse de manera gratuita y generosa”. Benjamin Franklin, *Autobiography* [1771], en John Bigelow (ed.) *The Works Of Benjamin Franklin 1., 1904, págs. 237-238*

El tercer aspecto está relacionado con los anteriores: la mayoría de los detractores de la propiedad intelectual esgrimen como argumento el objetivo de la prevención o limitación de un monopolio “artificial”. Sin un monopolio de ese tipo, el objetivo es tener un mundo de... ¿de qué? El supuesto que está detrás del argumento es que se volvería a al imperio de la libertad, pero ¿una libertad de qué tipo? ¿Libre comercio en la expresión de ideas y la innovación, en contraposición al monopolio? ¿Libre acceso a la innovación y la expresión de ideas, en contraposición al acceso pago? ¿O libre acceso a la innovación y la expresión de ideas en el sentido de no estar supeditado al derecho de otra persona de escoger quién tiene acceso y quién no, aunque todos tengan que pagar un mismo precio? ¿No será que buscamos el control y la propiedad común, dentro de los que se incluye el derecho comunal a prohibir ciertos usos de los recursos compartidos? Los críticos de los siglos xviii y xix pasaron por alto estas cuestiones pero, a decir verdad, nosotros tampoco las abordamos.

VII

RECONOCIMIENTO DEL DOMINIO PÚBLICO

En la sección anterior, presenté las críticas antimonopólicas a la ley de propiedad intelectual, objeciones que se hicieron oír desde las primeras versiones de la ley en su forma moderna y que todavía se oyen. ¿En qué momento la crítica a los males de la propiedad intelectual se convierte en, o se suma a, la defensa de lo que se denomina “el dominio público”?

Por “defensa del dominio público” no me refiero a la mera mención del término. Aunque la frase “dominio público” era muy usada en los Estados Unidos para hacer

referencia a los terrenos fiscales, el significado que adquiere en relación con la propiedad intelectual le viene del francés: la expresión *domaine public* entró en el derecho norteamericano a fines del siglo xix, gracias a la Convención de Berna.⁹⁹ ¿En qué momento, entonces, nos encontramos por primera vez con una defensa del dominio público en lugar de una simple objeción contra los costos de la propiedad intelectual?

Podríamos mencionar muchos puntos de partida distintos, y podríamos fundamentarlos todos. En los Estados Unidos, con frecuencia se menciona el trabajo de Ralph Brown y Ben Kaplan como el primero en mirar las cosas de este modo.¹⁰⁰ También podemos dar crédito a la Corte Suprema en ser la primera,¹⁰¹ ya que en una causa de patentes de 1966, en el que se citó a Jefferson en repetidas ocasiones, la Corte dejó en claro que el dominio público tiene una dimensión constitucional:

En su ejercicio del derecho sobre patentes, el Congreso no puede excederse en las restricciones impuestas por la Constitución al respecto. Tampoco puede incrementar el monopolio de patentes si no se obtienen con ello beneficios para la sociedad, el progreso o la innovación. Más aun, el Congreso no está facultado para autorizar la emisión de patentes cuyo efecto sea la sustracción de conocimiento existente del dominio público, o la restricción del acceso a materiales ya disponibles.¹⁰²

Como fallo, el anteriormente citado es notable. Sale de la mera repetición de la actitud de los autores de la Constitución respecto de los peligros que representa el

⁹⁹ Véase Litman, nota 44. El proceso es, en cierto sentido, irónico, ya que la ley de derechos de autor francesa, que pone el acento en los derechos del autor, es en muchos sentidos la que menos invoca y protege el dominio público.

¹⁰⁰ Véase Litman, nota 12; Edward Samuels, "The public domain in Copyright Law, *J. Copyright Soc.*, vol. 41, 1993, págs. 137, 150.

¹⁰¹ Admito que este reconocimiento no es común entre los académicos del Derecho.

¹⁰² *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 5-6 (1966).

monopolio y realiza una defensa positiva del dominio público. Es digno de notar que las restricciones se consignan como acumulativas y no como equivalentes o como corolarios; la Corte no afirma que “el incremento del monopolio de patentes debe promover la innovación y *eso limita* el poder del Congreso para sustraer material del dominio público”, sino que postula la existencia de un dominio público que convierte en inconstitucional, de acuerdo con el artículo sobre patentes, que el Congreso privatice cualquier parte de ese dominio. Esto evoca la “doctrina del Estado como custodio de los bienes públicos”, que restringe la capacidad del Estado para privatizar recursos públicos o vías fluviales mediante la concesión a entidades privadas.¹⁰³ Cabe advertir también que la Corte protege el dominio público tanto directa como indirectamente, ya que le garantiza protección de las medidas que creen formalmente derechos de patentes para partes del dominio público, pero también para las que sólo restringen “[...] el acceso a materiales ya disponibles”.¹⁰⁴

Así, se ve que hay más de una posibilidad para señalar el origen de la defensa del dominio público, pero, con la mayoría de los estudiosos del tema, yo le atribuyo una importancia fundamental a los trabajos de mi amigo y colega David Lange, cuyo artículo “Recognizing the public domain” [Reconocimiento del dominio público] fue un verdadero puntapié inicial para los estudios sobre el tema.¹⁰⁵ El artículo de Lange está motivado por la indignación por, o habría que decir la sátira elocuente de, la ampliación de la protección a la propiedad intelectual de las décadas de 1960 y 1970.¹⁰⁶ Lange afirma que una de las principales causas de la ampliación fue el hecho de que los derechos de

¹⁰³ Carol Rose, “The comedy of the commons: Custom, commerce, and inherently public property”, *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, 1986, págs. 711, 727-28.

¹⁰⁴ Graham, 383 U.S. pág. 6.

¹⁰⁵ David Lange, “Recognizing the public domain”, *Law & Contemp. Probs.*, vol. 44, otoño de 1981, pág. 147.

¹⁰⁶ *Ibidem*, págs. 151-171.

propiedad intelectual son intangibles, abstractos y, por tanto, imprecisos.¹⁰⁷ Pero, argumenta, de un modo que habría resultado familiar a Macaulay y a Jefferson, la ampliación irresponsable debe tener un límite.¹⁰⁸ Al mismo tiempo, Lange sostiene que “el reconocimiento de los intereses de propiedad intelectual debe verse compensado por un reconocimiento igualmente deliberado de los derechos individuales en el dominio público”.¹⁰⁹

Lange no está diciendo que

la propiedad intelectual requiere protección pero la protección que se le brinde debe reflejar su susceptibilidad única a la imprecisión conceptual y la reproducción infinita. Esas características, en mi opinión, implican la aceptación de dos principios fundamentales. El primero es que la teoría sobre la propiedad intelectual siempre debe aceptar el hecho de que en los límites hay algo así como una “tierra de nadie”; así, los casos de contravención dudosa siempre deben resolverse a favor del demandado. El otro es que ningún interés exclusivo puede tener un reconocimiento positivo, a menos que su opuesto conceptual también lo tenga. Todo derecho debe demarcarse claramente en el dominio público.¹¹⁰

Pero, ¿qué quiere decir esto? ¿Cuál es la naturaleza de esos “derechos individuales en el dominio público”? ¿Quién es el titular de esos derechos? ¿Y qué es el dominio público en realidad? ¿Se trata sólo de obras que no cuentan con protección alguna; por ejemplo, los

¹⁰⁷ Por ejemplo, en una memorable discusión de un caso hipotético que tomé de Tom Wolfe: “Creo que es útil recordar, sin embargo, que de lo que estamos hablando, al menos según lo perciben nuestros sentidos, no deja de ser una mancha húmeda en la servilleta de un triste borracho. Todo lo demás es hipótesis.

Ibidem, pág. 149

¹⁰⁸ Ibidem, pág. 147.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem.

libros cuyos derechos de autor han caducado? ¿Comprende *aspectos* impropetables de las obras, tales como las ideas o los hechos en los que se apoya un argumento, incluso cuando la formulación del argumento en sí está protegida? ¿Y qué ocurre en el caso de los derechos exclusivos, los privilegios de los usuarios o las defensas positivas? ¿Forman parte del dominio público? La dimensión parodiable de una novela, ¿pertenece al dominio público? ¿Y qué ocurre en el caso de una cita breve utilizada en la formulación de un argumento crítico? En este artículo ya he discutido del concepto de “bienes comunes intelectuales”.¹¹¹ ¿Qué relación hay entre el dominio público (no importa cómo se lo defina), y los bienes comunes?¹¹² Si el dominio público es tan importante, ¿por qué es así? ¿En qué nos beneficia? ¿Cuál es su función? Todas estas preguntas pueden resumirse en dos: (1) ¿Qué es el dominio público?, y (2) ¿Por qué deberíamos considerarlo el centro de nuestro planteo? A continuación, desarrollaré la idea de que la respuesta a la primera pregunta depende de la respuesta a la segunda.

Los trabajos que siguen la línea de Lange ofrecen distintas respuestas para las preguntas que él ha formulado. Por ejemplo, en su libro *The Nature of Copyright* [La naturaleza de los derechos de autor], Lindberg y Patterson invierten la polaridad habitual

¹¹¹ Véase el apartado II.

¹¹² Los que no son abogados y son escépticos (y con razón) en cuanto a las búsquedas de definiciones y doblemente escépticos de los abogados que se pierden en ellas podrían pensar que esos puntos son semánticos en el mejor de los casos y esencialistas en el peor de los casos. Y podrían tener razón. Podríamos tomar lo que dijo Felix Cohen sobre las definiciones del derecho y aplicarlo a las definiciones del dominio público: “Una definición [del dominio público] es útil o inútil. No es ni verdadera ni falsa, como una decisión de fin de año o una póliza de seguros. De hecho, una definición es un tipo de seguro contra ciertos riesgos de confusión. Y no puede eliminar todos los riesgos como tampoco puede hacerlo una póliza de seguro comercial”. Felix Cohen, “Transcendental nonsense and the functional approach”, *Colum. L. Rev.*, vol. 35, 1935, págs. 809, 835-836. Wittgenstein también señala con elocuencia los peligros de buscar una única definición correcta: “El nombrar aparece como una conexión extraña entre una palabra y un objeto. Y esa conexión extraña se hace evidente cuando el filósofo trata de comprender la relación entre palabra y objeto mirando el objeto delante de sí y repitiendo la palabra que lo nombra o incluso la palabra ‘esto’ un sinnúmero de veces. Es que los problemas filosóficos aparecen cuando el lenguaje se va de vacaciones”. Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, [1958] [Investigaciones filosóficas, Crítica, 1988]. Pido una suspensión del descreimiento para las próximas diez páginas, mientras profundizo en esta cuestión.

y presentan los derechos de autor como una ley que protege los derechos de los usuarios.¹¹³ El dominio público es la figura y los derechos de autor, el fondo. Los privilegios y las defensas no son excepciones, sino que están en el centro de los derechos de autor, si se los interpreta correctamente. De hecho, los derechos de autor son un sistema ideado para alimentar el dominio público otorgando derechos temporarios y con límites estrictos, que están en sí sujetos a numerosas restricciones, incluso durante su vigencia, y cuyo objetivo es, en última instancia, fomentar el libre acceso.

En su excelente artículo publicado en 1990, titulado “The public domain” [El dominio público], Jessica Litman indica que la principal función del dominio público es permitir que la ley de derechos de autor siga operando, a pesar de la concepción individualista y no realista de creatividad en la que se apoya:

El dominio público nos salva de ese dilema. Nos permite seguir alabando la originalidad sin tener que aceptar que las razones por las cuales la tomamos en serio son falsas. Proporciona un dispositivo fundamental para un sistema que, de otro modo, no funcionaría: reserva la materia prima de la autoría para los bienes comunes, y con ello la hace accesible a la utilización por parte de otros autores. Así, el dominio público permite que la ley de derechos de autor evite enfrentarse con la pobreza de algunos de sus supuestos.¹¹⁴

La definición de Litman del dominio público es clara y concisa: “un bien común en el que se incluyen los aspectos de las obras protegidas por derechos de autor que los derechos de autor no cubren”.¹¹⁵ Precisamente porque ve en la función del dominio

¹¹³ L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights*, 1991.

¹¹⁴ Litman, nota 44, pág. 1023.

¹¹⁵ *Ibidem*, pág. 968.

público que permite la creación que suma o que aparece en los intersticios que el discurso de la originalidad individual no logra transmitir, su definición del dominio público abarca los componentes reciclables y no protegidos de las obras con derechos de autor, además de las obras que no gozan de protección alguna. Así, la forma se sigue de la función.

Yochai Benkler elige un camino un poco distinto. Sigue la línea de Litman en su rechazo de la concepción tradicional y absoluta del dominio público, concepción en virtud de la cual sólo quedaban incluidas las obras sin protección alguna de derechos de autor:

La debilidad específica de la definición tradicional del dominio público es que supone una intuición sobre la línea de base que no define claramente. Cuando se dice que cierta información es “de dominio público”, lo que se quiere decir que es se trata de información cuyo uso está permitido a todos, a menos que haya motivos específicos para lo contrario. Cuando la información está correctamente sujeta a derechos de autor, se presupone (una vez más, a menos que haya datos específicos en contrario) que su uso no está permitido a todos sino restringido a su dueño y aquellos a quienes conceda la licencia. El limitado tecnicismo legal “dominio público” no incluye ciertas instancias importantes que, a nivel descriptivo, en general se supone que están permitidas. Por ejemplo, de acuerdo con la definición tradicional de dominio público, se considera que las citas breves de obras en el marco de una reseña crítica son un uso justo (y, por tanto, una defensa positiva) y no un uso en el dominio público. No obstante, sería inadecuado describir nuestras leyes de derechos de autor como un sistema en el que los usuarios suponen que no podrían incluir una cita breve de una obra en una reseña de esa obra. Me

atrevería a decir que lo cierto es lo contrario: en general se considera que ese uso está permitido, siempre y cuando no existan hechos concretos en contrario.¹¹⁶

La definición alternativa de Benkler, sin embargo, no incluye todos los usos privilegiados; por ejemplo, el privilegio de uso justo que puede reclamarse sólo después de litigar un caso muy complicado que incluye la investigación de hechos muy específicos.

Por lo tanto, la definición funcional sería la siguiente: el dominio público es el espectro de usos de la información que toda persona tiene el privilegio de hacer, siempre y cuando no existan hechos puntuales que conviertan el uso específico de una persona en particular en un uso no privilegiado. Por el contrario, [e]l dominio cercado es el conjunto de usos de la información para cuyo acceso una persona tiene un derecho exclusivo, y que ninguna otra persona puede utilizar, siempre y cuando no existan hechos puntuales que indiquen que el titular del derecho le ha concedido el permiso o que privilegien el uso específico en determinadas condiciones. Estas definiciones agregan a las leyes tradicionalmente consideradas como dominio público el conjunto de usos privilegiados que se consideran “casos sencillos”.¹¹⁷

La clave para comprender el análisis de Benkler es que toma como eje la función del dominio público en la producción y el uso de la información que hacemos todos, en tanto consumidores, ciudadanos y futuros creadores. Tenemos que centrarnos en las obras, o los aspectos de las obras, que el público sabe que son de libre acceso sin tener que hacer una investigación detallada al respecto. ¿Qué quiere decir “de libre acceso”

¹¹⁶ Benkler, “Free as the Air”, nota 25, págs. 361-362.

¹¹⁷ *Ibidem*.

aquí? Antes me pregunté qué queremos decir cuando nos referimos a la libertad que permite el dominio público.¹¹⁸ ¿Libre comercio en la expresión de ideas y la innovación, en contraposición al monopolio? ¿Libre acceso a la innovación y la expresión de ideas, en contraposición al acceso pago? ¿O libre acceso a la innovación y la expresión de ideas en el sentido de no estar supeditado al derecho de otra persona de escoger quién tiene acceso y quién no, aunque todos tengan que pagar un mismo precio? ¿No será que buscamos el control y la propiedad común, dentro de los que se incluye el derecho comunal a prohibir ciertos usos de los recursos compartidos? En mi opinión, Benkler sostiene que aquí lo más importante es si el público en general sabe si un fragmento de información o un aspecto de la misma son libres, tanto en el sentido de que no están controlados por otra persona como en el sentido de que no hay que pagar para tener acceso a ellos.

Es fácil imaginar un ejemplo para poner a prueba estos argumentos: las canciones de las que luego se hacen “versiones” por el pago de una tarifa estipulada y con una licencia obligatoria, ¿se consideran parte del dominio público? Para decirlo en términos jurídicos, ¿forma parte del dominio público el contenido sujeto a “leyes de responsabilidad”?¹¹⁹ Por supuesto, la respuesta a esta pregunta depende de por qué nos interesa el dominio público, qué concepción de la libertad o la creatividad creemos que defiende y contra qué peligros protege. El dominio público cambia de forma según las expectativas que representa, los temores a los que pretende mantener a raya y la concepción implícita de creatividad en la que se apoya. No existe un único dominio público, sino muchos.

¹¹⁸ Véase el apartado VI.

¹¹⁹ Me refiero en particular a las leyes de responsabilidad con pagos estipulados previamente.

Lo que se aplica al dominio público también le cabe al tercero y último discurso que pretende circunscribir y poner límites al movimiento de cercamiento: el discurso de los bienes comunes. “Bienes comunes” es un término que en los últimos cinco años se ha utilizado con frecuencia para hacer referencia a las fuentes de creación que quedan fuera del mundo de la propiedad intelectual, o son diferentes de ese mundo. Internet se considera un ejemplo de ese tipo de bienes. Su rápida expansión se debe precisamente a que sus dos protocolos, TCP/IP y HTML, son abiertos y, como las lenguas naturales, son sistemas que permiten la creación ofreciendo un marco común del que nadie es dueño. Y esta idea, sumada a la imagen positiva de producción comunal y la imagen negativa de los monopolios propulsados por los efectos de red, ambas consecuencia de Internet, dio lugar a otro tipo de interés, aunque relacionado con el anterior, en “el afuera de la propiedad”. A esos bienes comunes me referiré en el siguiente apartado.

VIII

DESCUBRIMIENTO DE LOS BIENES COMUNES ELECTRÓNICOS O E-COMUNES

Comienzo esta sección con la definición de bien común que da Larry Lessig:

Es frecuente considerar a Internet un bien común, pero no es tan frecuente tener una idea definida de qué es un bien común. Según yo lo entiendo, un bien común es un recurso libre. Esto no significa que el recurso tenga un costo cero, sino que, de tener costos, éstos se imponen de manera imparcial o equitativa. El Central Park es un bien común: un recurso extraordinario de tranquilidad en el corazón de una ciudad que está lejos de ser tranquila, un refugio al que todos tienen acceso sin permiso de nadie. Las calles son un

bien común: se las transita siguiendo un recorrido propio, sin tener que ajustarse a las instrucciones de nadie. Se puede doblar cuando se tengan ganas, sin necesidad de un certificado del gobierno que lo autorice. El último teorema de Fermat es un bien común: un desafío con el que cualquier persona puede medirse, e incluso resolver, después de dedicarle toda una vida de estudio, como hizo Andrew Wiles. El código fuente abierto, o el software libre, son un bien común. El código fuente de Linux, por ejemplo, está al alcance de la mano de todos, para que lo usen, lo mejoren, y lo perfeccionen, sin necesidad de autorización alguna. Todos éstos son bienes comunes porque están al alcance de todos los miembros de la comunidad (entendiendo por “comunidad” el sector de la sociedad que corresponda) sin que nadie tenga que autorizarlos para que hagan usufructo de ellos. Son recursos protegidos no por leyes de propiedad, sino por leyes de responsabilidad. El profesor Reichman, por ejemplo, propuso que algunas innovaciones estuvieran protegidas por leyes de responsabilidad en lugar de por leyes de propiedad. El punto fundamental no es que no hay ningún control, sino que el tipo de control que se ejerce es distinto del que confiere la propiedad.¹²⁰

Es interesante observar la diferencia de enfoque entre la propuesta de Lessig y la de Benkler. Si lo que interesa es el control monopólico sobre las obstrucciones impuestas por la voluntad de otras personas, la libertad de que nadie nos diga “lo que tenemos que hacer”, entonces el imperio de la libertad que buscaremos sustanciar fuera de la propiedad, ya sea como dominio público o como bien común, es una norma de acceso no discriminatorio. Dentro de una influyente línea de la tradición liberal, “libertad” significa no estar sujeto a la voluntad de otro, y no ser libre respecto de las restricciones de base del sistema económico.¹²¹ ¿Por qué elegimos esta concepción de la libertad en lugar de la

¹²⁰ Larry Lessig, “The architecture of innovation”, *Duke L. J.*, vol. 51,2002, págs. 1783, 1788.

¹²¹ Esto no equivale a decir que esta es la única preocupación de Lessig. Véase Lawrence Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace*, 1999, donde se concentra especialmente en las restricciones “materiales”, de código, impuestas por la arquitectura de las redes de comunicación, y sostiene que las opciones dentro de y

de Benkler, centrada en la noción de dominio público: contenidos que son literalmente libres, es decir, libres de derechos exclusivos y accesibles sin costo alguno?¹²² Por un sinnúmero de razones. En el mundo de los “efectos de red”, tener un derecho de propiedad intelectual sobre un protocolo de red o estándar muy utilizado puede conferir un poder inusitado al titular de ese derecho, un poder que puede usarse incluso para presionar contra todo tipo de innovación que ponga en riesgo el negocio propio. El caso de Microsoft es un ejemplo perfecto y clarísimo de esto¹²³: la queja contra los Microsofts del mundo no es consecuencia de los precios altos, aunque a veces se diga que sí, sino del hecho de que sus derechos de propiedad intelectual sobre estándares fundamentales con poderosos efectos de red positivos les dan demasiado poder y eso les permite digitar el curso de los procesos de innovación.

Si el aspecto disfuncional de la propiedad/ monopolio se ve como una limitación de la innovación en lugar de como un problema de extorsión de precios, el afuera de la propiedad (la “no propiedad”) cambia sus características centrales en consecuencia. Si el principal motivo de preocupación es mantener la innovación, entonces el riesgo del monopolio no es la suba de precios sino el poder que da el control en sí; ese riesgo se evitaría con el pago de una tarifa plana para tener acceso a la propiedad intelectual, y eso permitiría la libre competencia en las innovaciones subsiguientes. Así, el mundo del monopolio y la propiedad se convierte en un mundo que pone límites a la innovación, lo

entre distintas arquitecturas potenciales deberían estar sujetas a un análisis constitucional más democrático. Véase también James Boyle, “Foucault in cyberspace: surveillance, sovereignty and hard wired censors”, *U. Cin. L.Rev.*, vol. 66, 1997, pág. 171. [De aquí en adelante Boyle, “Foucault”].

¹²² Véase el apartado VII.

¹²³ Es justo señalar, sin embargo, que tanto los reclamos individuales como las observaciones económicas generales sobre los efectos de red poderosos y “la dependencia de la ruta” han sido discutidos por Microsoft y por académicos independientes. Puede encontrarse un excelente ejemplo en Stephan E. Margolis & Stan Liebovitz, “We don’t know why she swallowed the fly: Policy and path dependence”, disponible en <http://www.utdallas.edu/~liebowit/regulatn.html> (visitado el 14 de enero de 2003).

cual es mucho más grave que sus otras consecuencias, una producción limitada y precios altos. En términos técnicos, un bien común imaginario de privilegios Hohfeldianos puros da lugar a un bien común constituido en parte por recursos protegidos por leyes de responsabilidad.¹²⁴ El “antónimo de la propiedad” se define entonces como “lo que cura el control monopolístico de estándares con efectos de red poderosos” y no como lo que no es propiedad de nadie, o es propiedad de todos. Si se hace referencia a la posibilidad de que existan estándares abiertos con los que todos puedan trabajar, el lenguaje de los bienes comunes parece ser más adecuado que el lenguaje del dominio público. Sospecho, sin embargo, que hay un segundo motivo por el cual “los bienes comunes” y “el espacio público” se disputan el puesto de ser el “afuera” de la propiedad intelectual. Aunque mis argumentos sobre estos temas se presentan como razonamientos en apariencia lógicos, mi forma de presentarlos oculta el poder del “caso paradigmático”¹²⁵, el ejemplo perfecto, o contraejemplo irresistible, en la gestación de mis ideas.

Como sostuve en la primera parte del presente ensayo, la mayoría de los teóricos contemporáneos del dominio público comienzan con el ejemplo irresistible del software libre y de código fuente abierto, un ejemplo que salta a la vista,¹²⁶ ya que se trata de un acicate real para repensar el problema de los bienes públicos, la tragedia de los comunes, en el que se asienta la justificación económica de los derechos de propiedad intelectual.

¹²⁴ El argumento más importante sobre el valor de las leyes de responsabilidad para promover la innovación subsiguiente puede leerse en J.H. Reichman, “WOf green tulips and legal kudzu: repackaging rights in subpatentable innovation”, *Vand. L. Rev.*, vol. 53, 2000, pág. 1743. Sin embargo, Reichman no toma posición respecto de si es necesario definir qué bienes de información deben estar protegidos por leyes de responsabilidad en tanto parte de los bienes públicos.

¹²⁵ Agradezo este comentario a Jed Rubinfeld, “The First Amendment’s purpose”, *Stan. L. Rev.*, vol. 53, 2001, pág. 767.

¹²⁶ Véase el apartado IV.

Se produce entonces la “comedia de los comunes”.¹²⁷ Sin lugar a dudas, el argumento no es que el software libre o de código fuente abierto proporciona un modelo que vuelve innecesaria la propiedad intelectual en todos los casos. El dominio cercado sigue existiendo, y el modelo de código fuente abierto no siempre funciona.¹²⁸ Pero lo que pasa a ser tema de debate es dónde se ubica la línea que separa los dos dominios. Esto es algo que no hay que dejar de enfatizar. Sin embargo, hay un pequeño problema: aunque el software de código fuente abierto es de particular interés para quienes expresan su preocupación por la ampliación de los derechos de propiedad intelectual en el mundo, está lejos de quedar en claro cómo encaja ese ejemplo en la oposición binaria entre propiedad intelectual por un lado y dominio público por el otro.

Aunque en la prensa con frecuencia se dice otra cosa, equivocada por cierto, ni el software libre ni la mayor parte del software de código fuente abierto pertenecen al dominio público. Después de todo, lo que hace que funcione el software de código fuente abierto es la GPL,¹²⁹ de la que depende todo lo que hace de las fuentes abiertas algo tan interesante: el modelo de distribución de la producción, el crecimiento, el obligar a futuros inventores a utilizarlo para realizar sus propios aportes.¹³⁰ A su vez, esa licencia depende de un derecho de propiedad intelectual, los derechos de autor que tienen la Free Software Foundation [Fundación para el Software Libre] y otras instituciones.¹³¹ En efecto, en la GPL se lee algo así como “Aquí está este trabajo, protegido por derechos de

¹²⁷ Tomo la frase del título del magnífico y profético artículo de Carol Rose, en el que la autora trata la superioridad ocasional de los regímenes de propiedad común con respecto a los derechos de propiedad privada individuales. Véase Rose, nota 103; véase también Carol Rose, “The several futures of `property: Of cyberspace and folk tales, emission trades and ecosystems”, *Minn. L. Rev.* 129, vol. 83, 2998, págs. 155-156.

¹²⁸ Véase el apartado IV.

¹²⁹ GNU Library General Public License, disponible en <http://www.gnu.org/copyleft/library.txt> (visitado el 14 de enero de 2003).

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

autor; se puede usar, ampliar, modificar o copiar. Todos esos usos son legales, siempre y cuando se cumpla con los términos que esta licencia impone”. De lo contrario, los actos son violaciones de los derechos exclusivos que confiere la sección 106 de la Ley de derechos de autor¹³². Si, por ejemplo, se utiliza el núcleo de Linux, se lo manipula, se le agrega material propio y luego se intenta venderlo como software propietario o en código binario, eso constituye una violación a la GPL, que es la que concede el permiso para reproducir el material protegido por derechos de autor. Al menos en términos legales, el movimiento del software libre cae de lleno dentro de la propiedad intelectual.

Dado que el software libre es el “ejemplo irresistible” en torno al cual giran las teorías, ¿cómo se lo incorpora a las críticas más antiguas a la propiedad intelectual y las defensas del dominio público? El movimiento de software libre, al menos, se creó explícitamente sobre la base de las críticas de los efectos de la propiedad intelectual que a Jefferson y a Macaulay les habrían resultado conocidas.¹³³ Sin embargo, la respuesta a los efectos negativos que se advirtió que tenían los derechos de propiedad intelectual para la innovación y la libertad no fue escribir un sinfín de códigos y publicarlos sin la protección de derechos de autor, sino que lo que hizo el movimiento de software libre fue intentar construir una ecología viva del código abierto, en la que el costo de admisión era el compromiso de innovar y así hacer crecer esa ecología.¹³⁴ Por otro lado, esto encajaba mal dentro del antiguo modelo de dominio público, que buscaba la “libertad absoluta”: después de todo, el uso del software se veía sujeto a severas restricciones, y esas

¹³² 17 U.S.C. § 106 (1994).

¹³³ Véase el apartado VI.

¹³⁴ Una aproximación alternativa que está más cerca de la concepción común del software que pertenece al dominio público es la Free BSD License, disponible en <http://www.opensource.org/licenses/bsd-license.html> (visitado el 14 de enero de 2003). El usuario puede hacer cualquier cosa con el software que se encuentra bajo esta licencia, incluso hacerle agregados y vender el programa resultante en un formato propietario o en código binario.

restricciones eran de vital importancia para la continuidad del proyecto. Pero además, encajaba perfectamente bien dentro de toda la nueva bibliografía sobre el control de los bienes comunes, de autores como Elinor Ostrom, Robert Keohane y Margaret McKean, entre otros,¹³⁵ que muestran que no todo bien común es una tragedia, al mismo tiempo que explican que los bienes comunes que tuvieron éxito no eran completamente “libres”, sino que estaban administrados por niveles de normas que con frecuencia eran invisibles para el sistema jurídico, pero que sin embargo servían para evitar las múltiples paradojas de la acción colectiva. Ya sea con pastores japoneses o con programadores de Silicon Valley, esa bibliografía pretende mostrar cómo se controlaron, y se deben controlar, los bienes comunes.¹³⁶

Es bueno hacer notar las diferencias entre los enfoques. En la bibliografía más antigua sobre el dominio público, la línea divisoria se establecía entre el ámbito de la propiedad y el ámbito de lo libre.¹³⁷ La nueva línea divisoria, trazada sobre la vieja como en un palimpsesto, está entre el ámbito del control de un individuo y el ámbito de la distribución de la creación, la administración y el emprendimiento. Es cierto que los dos proyectos tienen muchas cosas en común, pero también son diferentes en aspectos

¹³⁵ Véase, Susan Buck & Elinor Ostrom, *The Global Commons, 1998* ; Elinor Ostrom & Robert Keohane (eds), *Local Commons And Global Interdependence: Heterogeneity And Cooperation In Two Domains*, 1994; Margaret McKean, en David Bromley et al. (eds.) *Making The Commons Work: Theoretical, Historical, And Contemporary Studies*, 1992; Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, 1991; Margaret McKean, “Success on the commons: A comparative examination of institutions for common property resource management, *J.of Theoretical Pol.*, vol 4, 1992, pág. 247; Elinor Ostrom, “Reformulating the commons”, *Swiss Pol. Sci. Rev.*, vol. 6, 15 de abril de 1999, pág 29.

¹³⁶ Uno de los intentos más interesantes de resucitar la noción de bien común y aplicarla a cuestiones prácticas contemporáneas de propiedad intelectual se debe a David Bollier. La discusión de Bollier trasciende los usos de la propiedad intelectual para distintos tipos de bienes públicos. Véase David Bollier, “Public assets, private profits”, disponible en http://www.bollier.org/pdf/PA_Report.pdf (visitado el 13 de febrero de 2003). Sin embargo, también pone el acento en el dominio público y los bienes comunes de información. Véase David Bollier, “Recent works”, disponible en <http://www.bollier.org/recent.htm> (visitado el 13 de febrero 2003).

¹³⁷ Véase el apartado VI, donde se advierten varios sentidos del término “libre”.

importantes. Para decirlo groseramente, algunos teóricos de los e-comunes no ven en las restricciones de uso un anatema contra la libertad; por el contrario, hasta les parece que los bienes comunes exitosos se definen por las restricciones que se les imponen,¹³⁸ que pueden ser legales (las leyes de responsabilidad de Lessig) o producto de normas comunales o redes de prestigio de distinto tipo. El punto fundamental es que el afuera de la propiedad, su antónimo, se concibe ahora de otra manera, aunque con frecuencia, y de manera un tanto confusa, se utilicen las mismas palabras y muchos de los mismos argumentos.

IX

DESCOMPONER LA LIBERTAD: REALISMO LEGAL EN EL ENFOQUE DEL DOMINIO PÚBLICO

Este ensayo ha sido hasta aquí una respuesta extensa para una pregunta breve. (Después de todo, soy un académico.) ¿Cuáles son las alternativas para el segundo movimiento de cercamiento, y qué críticas ha recibido? He presentado tres proyectos: la crítica antimonopólica de la propiedad intelectual, la defensa de un “dominio público libre” y el

¹³⁸ Yochai Benkler escribió: “[S]i limitamos la implementación de políticas de información a dos recursos institucionales, la privatización y la regulación directa, habremos limitado el potencial de descentralización de la producción de información en nuestra sociedad. Introducir un tercer recurso, los bienes comunes, aumentaría el grado de descentralización que puede lograrse dentro de las restricciones institucionales impuestas por nuestra sociedad para la producción y el intercambio de información. Se necesitan dos pasos para introducir los bienes comunes como elemento estable del entorno de la información. En primer lugar, es necesario identificar los datos de entrada de la información y las comunicaciones que, como el espectro de las frecuencias de radio y algunos tipos de información, pueden utilizarse sin estar sujetos al control exclusivo de ningún organismo gubernamental o no gubernamental. *Segundo, se necesita diseñar los límites institucionales necesarios para aprovechar los atributos tecnológicos o económicos que hacen que esos datos de entrada sean susceptibles de uso dentro de un modelo de bienes comunes.* Estas tareas son caminos importantes para cumplir con dos obligaciones que nuestra sociedad ubica tradicionalmente en la Primera Enmienda. Yochai Benkler, “The commons as a neglected factor of information policy”, 1998, disponible en <http://www.law.nyu.edu/benkler/commons.pdf> (visitado el 19 de diciembre de 2002). El subrayado es mío.

intento de establecer las reglas para los bienes comunes intelectuales en la red global. Estos tres proyectos se superponen, abrevan en las mismas fuentes filosóficas y económicas, y recurren al mismo vocabulario. No siempre hay una coherencia entre los tres, ya que pueden usar un mismo término en sentidos distintos. El significado de términos como “libre”, “dominio público”, “bienes comunes” y “cercamiento” cambia cuando se pasa de un proyecto intelectual a otro, en parte porque cada proyecto gira en torno a sus propias expectativas y temores.

La primera etapa de la historia que relaté en este ensayo está representada por los intentos de pensadores como Jefferson, Madison y Macaulay por contrarrestar los argumentos a favor de la propiedad intelectual con críticas a sus costos y riesgos monopólicos, con el objetivo de crear conciencia de la necesidad de límites en la concesión de los derechos de autor en sí. El segundo estadio fue un poco más complejo. En lugar de una crítica a la propiedad privada, lo que aparece es una defensa positiva del dominio público. Existe un dominio público, cuyo valor debemos reconocer y proteger – incluso por medio de la Constitución– contra el peligro de que se retire de esa esfera el conocimiento o se impida el acceso a material existente. Todo muy bonito, pero, ¿qué es ese dominio público que debemos proteger? Aquí ya las respuestas son mucho menos claras. ¿Qué tipo de libertad se sustancia en el dominio público? ¿Libre comercio? ¿Canilla libre? ¿Libertad respecto de un control monopólico? ¿Libre producción comunal? Los primeros teóricos del dominio público fueron un poco misteriosos en ese sentido; los posteriores fueron más explícitos, pero no necesariamente más coherentes. El último panel del tríptico también se apoya en las críticas al cercamiento y el monopolio,

pero en el lugar del dominio público se encuentra la retórica de los bienes comunes, bienes que, en determinados enfoques, hay que pagar para usar.

A primera vista, todo esto puede parecer muy desordenado. No hay duda de que las concepciones del dominio público, o de los bienes comunes, deberían ser más coherentes. ¿Por qué hay tanta variación, tantas definiciones distintas? Pero, si miramos la cuestión desde el otro lado del espejo, ¿qué diferencia hay entre esta breve historia y la historia del concepto de propiedad? Sabemos muy bien que la concepción de la propiedad fue cambiando significativamente con el paso del tiempo y que los supuestos del sistema jurídico sobre los detalles analíticos de la propiedad también han cambiado mucho. ¿Se incluyen dentro de la propiedad nociones que podríamos definir como derechos humanos, o libertades individuales, como ocurre en la concepción de Locke?¹³⁹ ¿Es la propiedad un dominio único, absoluto y despótico, tal como la definió Blackstone (si bien su concepción no se correspondía con el sistema jurídico de la época)?¹⁴⁰ ¿Son los derechos de propiedad el muro impenetrable que describió la mayoría en el caso *Leroy Fibre*, detrás del cual podemos hacer lo que queramos sin tener que pensar en la posible conducta de los demás?¹⁴¹ ¿Es la propiedad el conjunto de derechos que se enseña a los estudiantes de primer año de derecho, que podría definirse con más exactitud como una bolsa de gatos de derechos, poderes, privilegios e inmunidades que se sostienen juntos nada más que por una cuestión nominal (es decir, porque elegimos llamarlos “propiedad”, y entonces los consideramos como tal) ?

¹³⁹ Debo a mi colega Laura Underkuffler la apreciación de cómo Locke, y también Madison, usaba el término “propiedad” en un sentido que hoy no nos resulta familiar. Laura Underkuffler, “On property: An essay”, *Yale L.J.*, vol. 100, 1990, págs. 127, 132-139.

¹⁴⁰ William Blackstone, *Commentaries*, vol. 2, *233.

¹⁴¹ *Leroy Fibre Co. v. Chicago Milwaukee & St. Paul Ry.*, 232 U.S. 340, 350 (1914).

Cada una de estas concepciones de la propiedad está vinculada de manera compleja con la estructura de creencias de la sociedad en su conjunto y con el sistema jurídico de donde surge el derecho de propiedad. Algunas son como trajes de gala, ropa elegante para el consumo externo, mientras que otras son ropa de trabajo, aproximaciones cotidianas a las que recurren los abogados para resolver los problemas que se les presentan. Nuestras concepciones de la propiedad y de la soberanía se superponen, tal como nos enseñaron los partidarios del realismo en derecho, y las ideas de propiedad que se enseñan en una facultad de derecho son muy distintas de las que refleja el lenguaje común. Sin embargo, en general no bajamos los brazos ni concluimos que haya que abandonar el concepto en sí.

Y lo que se aplica a la propiedad se aplica también al dominio público. Así como hay muchas “propiedades”, también hay muchos “dominios públicos”. Al enfoque simple de los derechos de propiedad como el estado de dominio absoluto y perfecto puede contraponerse la concepción simple del dominio público que existe sólo donde hay absoluta libertad. En ese enfoque, el “dominio público” consiste sólo de obras completas que son completamente libres: libres para la apropiación, la transferencia, la redistribución, la copia, la puesta en práctica y hasta la reagrupación en una creación nueva, que a su vez esté protegida por derechos de propiedad intelectual.¹⁴² A la concepción de la propiedad como “conjunto de derechos” puede contraponerse la visión del dominio público como “conjunto de privilegios”, de acuerdo con la cual se presupone, por ejemplo, que un uso justo de una obra protegida por derechos de autor forma parte del dominio público. Y, por último, a la idea de la propiedad de carácter

¹⁴² No sorprende encontrar esta concepción del dominio público en épocas y lugares en los que el concepto de propiedad también se considera absoluto, incluso cuando eso está lejos de ser cierto.

predictivo y realista desde el punto de vista legal, que concierne a “la predicción de lo que los tribunales protegerán en verdad”, para citar a Holmes,¹⁴³ puede oponerse una concepción predictiva y crítica del dominio público, referida a “las predicciones de lo que público puede hacer libremente y sin más pretensiones”, para decirlo con las palabras de Benkler.¹⁴⁴ La visión de los bienes comunes de Lessig incluye obras de acceso pago, siempre y cuando los intereses legales estén protegidos sólo por leyes de responsabilidad y el pago sea no discriminatorio.¹⁴⁵

Cada una de estas definiciones responde a un objetivo explícito o implícito. Puede ser que en el dominio público estén incluidos los aspectos de las obras que deben quedar

¹⁴³ Véase Oliver Wendell Holmes, Jr., “The path of the law, *Harv. L. Rev.*, vol. 10, 1897, págs. 457, 461.

¹⁴⁴ Benkler, “Free as the air”, nota 25, pág. 361.

¹⁴⁵ No queda del todo claro cómo emplea Lessig el término “ley de responsabilidad”. Recurre al software libre como ejemplo, pero, de acuerdo con la definición clásica, el software que está bajo la GPL está de hecho protegido por una ley de propiedad respaldada por reparaciones judiciales. De acuerdo con una ley de responsabilidad, puede incorporarse software libre a un programa propietario, de código fuente cerrado, (que no está sujeto a la GPL), siempre y cuando se compensen los daños que normalmente se consideran verdaderos daños. Ésta no es la interpretación de la GPL o de la Ley de derechos de autor de la Free Software Foundation, que yo comparto. Dejando de lado la cuestión de si un bien común que incluye contenido protegido por leyes de responsabilidad abarca el software libre, ¿es útil esta definición de los bienes comunes? La ley de responsabilidad no discriminatoria aborda ciertos problemas de acceso abierto a redes y protocolos y ciertas obstrucciones para la innovación. En un régimen de leyes de responsabilidad, el pago se separaría del control. El proveedor de un servicio de Internet tendría acceso a la red de la compañía de cable y podría competir con ésta si pagara una determinada tarifa. Los investigadores tendrían derecho a acceder a líneas de células madre previo pago de una tarifa plana de acceso establecida por ley al titular de la patente. Sin embargo, algunos tipos de innovación distribuida que se describen a continuación prosperan sólo en un sistema en el que el material está disponible de manera gratuita, es decir, con costo cero. *The Wind Done Gone* podría publicarse en un régimen de leyes de responsabilidad; los herederos de Margaret Mitchell no podrían negarse a la publicación, sino que sólo podrían exigir un pago, que estaría más que justificado si se tienen en cuenta las potenciales ganancias. Pero en un sistema que requiriese un pago *generalizado* de tarifas por licencias (el Centro de Derechos de Autor se extendería hasta abarcar todo tipo de datos) sin duda no cabría la denominación de “bien común”. Se frenaría la creación colectiva gracias a la pobre y complicada innovación incremental y de múltiples fuentes, incluso en el caso de las instituciones relativamente solventes. En mi opinión, el término “bien común” debe dejarse para algo más cercano a la definición de Benkler del dominio público: el material que un individuo tiene el privilegio legal de usar, en ausencia de hechos particulares que prueben lo contrario. Sin embargo, hay un argumento fuerte en el razonamiento de Lessig. Los bienes comunes exitosos suelen tener algún tipo de rección, y las leyes de responsabilidad tienen ventajas extraordinarias, que mitigan uno de los principales peligros potenciales del sistema de propiedad intelectual. Es probable que esté forzando la lectura en este punto, ya que en su excelente libro, Lessig evita dar una definición de ley de responsabilidad y en cambio se limita a decir que los recursos pueden ser “libres aunque tenga que pagarse un precio (una plaza es ‘libre’ en el sentido al que me refiero, incluso si se requiere un pago para acceder a ella, siempre y cuando el costo de acceso se aplique de manera neutral y consistente)”. Lessig, nota 74, pág. 20.

fuera de la propiedad si se hacen coincidir los confusos supuestos de los derechos de autor acerca de la creación con la realidad. Puede ser que el movimiento de los bienes comunes gire en torno a idénticas pretensiones de evitar el control monopólico de protocolos de red para preservar la innovación y permitir al mismo tiempo el tipo de administración colectiva que evitaría una tragedia de los comunes. No hay, entonces, un único dominio público, ni una única teoría del dominio público, sino varios. En mi opinión, esto es algo bueno, si bien un poco de claridad no vendría nada mal. Sin embargo, no todos están de acuerdo.

X

CONCLUSIÓN: ¿REIFICACIÓN DE LO NEGATIVO?

¿Qué se gana reificando lo negativo y diseñando una “teoría” del dominio público?”

Edward Samuels¹⁴⁶

El proceso que relaté fue un proceso gradual. De ser el Otro invisible, el margen no interrogado de la propiedad intelectual, el dominio público pasó a ganarse la atención de los estudiosos. (En parte, debo admitir, gracias a mí, si bien tuve el buen tino de omitir mis trabajos de la historia presentada en este ensayo, aunque sólo fuera por instinto de conservación.¹⁴⁷) Pronto, estos trabajos empezaron a recibir el elogio intelectual más acabado: un escepticismo reflexivo por parte de otros pensadores acerca de si había algún *allí* allí.

¹⁴⁶ Edward Samuels, “The public domain in copyright law”, *J. Copyright Soc’y U.S.A.*, vol. 41, 1993, págs. 137, 150.

¹⁴⁷ Véase Boyle, *Shamans*, nota 32; Boyle, “Cruel”, nota 46; James Boyle, “The First Amendment and cyberspace: The Clinton years”, *Law & Contemp. Probs.*, vol. 63 (Invierno/ primavera de 2000), pág. 337; Boyle, “Foucault”, nota 121; James Boyle, “Intellectual property online, a young person’s guide”, *Harv. J. L. & Tech.*, vol. 10, 1997, pág. 47 ; Boyle, “Missing the point”, nota 69; James Boyle, “A politics of intellectual property: environmentalism for the net?”, *Duke L.J.*, vol. 47, 1997, pág. 87. [De aquí en adelante, Boyle, “Politics”]; Boyle, “Theory”, nota 77.

Después de revisar los distintos argumentos presentados en favor de una teoría general del dominio público por Patterson y Lindberg o por otros autores, parecería que directamente no hay una teoría general, sino varios contextos discretos en los que se encuentran argumentos sobre el dominio público, y cada contexto da lugar a distintas consideraciones que pueden tener poco o nada en común y que, sumadas, constituyen lo que queda una vez que se han analizado todas las fuentes existentes de protección legal para las obras de autor [...]. ¿Qué se gana reificando lo negativo e imaginando una “teoría” del dominio público? Si lo que se quiere es alentar una sospecha contra las nuevas formas o zonas de protección, eso puede hacerse sin tener que echar mano del concepto mágico de “dominio público”. Hay unos cuantos frentes de batalla entre quienes quieren ampliar la protección de la propiedad intelectual y quienes quieren limitarla o acotarla en distintos contextos. Los argumentos de cada contexto deben mantenerse separados, en tanto dan lugar a distintas cuestiones prácticas. Sin embargo, a veces las cuestiones individuales son elusivas, y la actitud personal con respecto a ellas suele estar teñida la mayoría de las veces por la actitud general hacia la Ley de derechos de autor. Si quienes están siempre del lado de la lucha por la limitación de la protección necesitan un grito de guerra, quizá puedan gritar “dominio público”. Puede parecer que la invocación agrega un tinte moral al argumento, quizá para contrarrestar la carga moral de los principios invocados una y otra vez por los proteccionistas. Sin embargo, en última instancia, “semejante vaguedad retórica no hace sino adornar el escenario donde se ponen en juego las verdaderas opciones”.¹⁴⁸

¿Qué se gana reificando lo negativo? La pregunta del profesor Samuels es buena. Parte de la respuesta la proporciona él mismo al afirmar que quizá el lenguaje del dominio público se utilice para contrarrestar el discurso de la propiedad sagrada. De hecho, éste es

¹⁴⁸ Samuels, nota 146.

un punto muy importante: el lenguaje es importante, y no sólo por su valor retórico. Incluso si los límites del lenguaje no coinciden con los límites del mundo,¹⁴⁹ influyen en la visión del mundo de manera mucho más profunda que como una “vaguedad retórica” que adorna el escenario “donde se ponen en juego las verdaderas opciones”.

En este trabajo intenté presentar una analogía con el movimiento ambientalista.¹⁵⁰ ¿Por qué hablar de un “medio ambiente” o de “daño ambiental”? ¿Por qué no limitarse a hacer una lista de las ventajas y desventajas de cada instancia de desarrollo, cada tipo de tecnología, cada aspecto del uso de la tierra? En cada caso, habrá que pensar en algunas cuestiones: pureza de las aguas, belleza del paisaje, biodiversidad, aumento del nivel del mar, aspectos morales de la conservación de las especies, cáncer de piel por disminución de la capa de ozono, secuestro de carbono, responsabilidades de las generaciones futuras, entre otras. Si hay un hilo de Ariadna que conecte todos esos temas, no se lo ve con claridad. Es más: lo que sí está claro es que no hay una definición coherente o consistente de los términos “naturaleza” o “medio ambiente”.¹⁵¹ Hay muchos contextos discretos, por

¹⁴⁹ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logicus Philosophicus*, § 5.6: “Los límites de mi lenguaje representan los límites de mi mundo [...]. No podemos pensar lo que no podemos pensar; por tanto, lo que no podemos pensar tampoco podemos decirlo”. Gibbon dijo algo similar aunque de manera más sencilla al describir la función del lenguaje en política: “Augusto tenía conciencia de que la humanidad está gobernada por nombres; y tampoco estaba equivocado cuando suponía que el Senado y el pueblo se sometieran a la esclavitud, siempre y cuando se les asegurara respetuosamente que gozaban de su antigua libertad”. *The Portable Gibbon: The Decline and Fall of the Roman Empire* [1782], D. Saunders, ed., Viking Press, 1952, pág. 99.

¹⁵⁰ Boyle, “Politics”, nota 147.

¹⁵¹ Como afirmo en un trabajo anterior, “[N]o sorprende, entonces, que la fe en la naturaleza es difícil de reconciliar con la crítica de los filósofos racionalistas a la falacia naturalista. Las ideas ambientalistas de la naturaleza están basadas a menudo en un escepticismo respecto del poder de la razón y en la voluntad de dar a la fe un carácter espontáneo, precisamente porque sabemos cuáles son los límites de nuestro conocimiento acerca de cómo funciona el sistema. Reificamos y antropomorfizamos la naturaleza en parte para expresar esa “fe en el sistema”. Pero, si sospecháramos de ese antropomorfismo cuando se aplica al “mercado” o a la “tradición racionalista”, ¿no deberíamos tratar de aplicar el mismo escepticismo y la misma rigurosidad a la “naturaleza”? ¿Qué sistema, qué naturaleza es la que estamos venerando? ¿Somos humanos dentro de ese sistema? En medicina, ¿qué de lo orgánico se entiende como natural? ¿Dejamos que el acónito y la malaria se salgan con la suya mientras sonreímos con indulgencia? ¿O simplemente heredamos la “tradicción” de que toda planta o mineral se utilizan con fines curativos? En términos ambientalistas, ¿es un mundo imaginario sin el impacto de la historia humana, sin la transformación de los paisajes, la erradicación de las especies o el cultivo de variedades de plantas? ¿Es “la naturaleza como escenario” el mundo con las intervenciones humanas que tanto nos gustan, como los setos ingleses, los

cierto, en los que aparece la idea de naturaleza o de medio ambiente, y muchos argumentos distintos en contra y a favor de un tipo de desarrollo o tecnología en particular. ¿Por qué no ocuparse de los daños a este río, a aquel pantano, a esa especie o a esta forma de vida, tomando los casos uno por uno? ¿Por qué reificar estos *loci* de daño potencial en una sola entidad que denominamos “el medio ambiente”? Parte de la respuesta, claro está, es retórica. El concepto de medio ambiente parece agregar un tono moral al debate, que de alguna manera contrarresta los argumentos en favor del “progreso”, el “crecimiento” y la “modernidad”. Y esa no es una función menor.

Pero ésa no es toda la respuesta. El movimiento ambientalista también ganó gran parte de su poder de persuasión señalando que hay razones estructurales para tomar malas decisiones ambientales: un sistema jurídico que se apoya en una noción particular de lo que implica la propiedad privada y un sistema científico que trata el mundo como un conjunto simple de relaciones lineales entre causas y efectos. En los dos sistemas conceptuales, desaparece el medio ambiente, no tiene lugar en el análisis. No nos sorprende, entonces, que no lo hayamos cuidado lo suficiente. En otro trabajo, yo sostengo que lo mismo ocurre con el dominio público.¹⁵² Las tensiones de base en el análisis económico de las cuestiones vinculadas con la información, el hecho de que un modelo de los derechos de propiedad centrado en el autor original pase por alto la cuestión de las fuentes y la ceguera política respecto de la importancia del dominio

diques artificiales, la belleza desolada de los páramos escoceses, deforestados antes de que el Dr. Johnson los describiera? El problema con expresar la veneración de un sistema, sea éste un mercado, una cultura o un ecosistema, es que no suele haber acuerdo respecto de cuál es el estado “natural” de ese sistema y hay más desacuerdo aún respecto de las implicancias normativas de ese estado natural. Los dos puntos de desacuerdo pueden beneficiarse con la adopción de cierto escepticismo racionalista, por más que suene algo anticuado. James Boyle, “Against nature”, Suplemento literario del *Times*, 24 de julio de 1998 (revseña de Phil Macnaghten & John Urry, *Contested Natures*, 1998, disponible en <http://www.law.duke.edu/boylesite/tls98nat.htm>). Todo esto no significa, por supuesto, que el concepto de naturaleza o el de medio ambiente no sirvan.

¹⁵² Boyle, “Politics”, nota 147.

público como un todo (es decir, no tener en mente “mi lago” sino “El Medio Ambiente”) se unen para hacer desaparecer el dominio público, en primer lugar como concepto y, luego, cada vez con más fuerza, como realidad.¹⁵³

La misma importancia tiene el poder de un concepto como el de medio ambiente para clarificar y reformular las concepciones de los intereses propios. Cuando se habla de los costos de esta o aquella propuesta de desarrollo en particular, es probable que quien se dedica a la caza de patos no haga causa común con quien se dedica al avistaje de aves, y menos aun con quien se preocupa por la deriva génica en las poblaciones de salmón o el efecto de los CFC en la capa de ozono. La idea de que existe “un medio ambiente” permite armar una coalición que gire en torno de una concepción reformulada de los intereses comunes. En un sentido estricto, un interés común, producto de que se preste más atención a las interrelaciones ambientales, puede ser la comprensión de que los pantanos son importantes tanto para el cazador de patos como para el que se dedica al avistaje de aves y que proporcionan todo tipo de servicios al ecosistema. El nombrar las cosas estimula su estudio.

En un sentido más amplio, sin embargo, no es solamente el término “medio ambiente” lo que cataliza la atención. Hay, de hecho, dos ideas muy importantes detrás del movimiento ambientalista. La primera es el concepto de ecología: las interconexiones frágiles, complejas e impredecibles entre los sistemas vivos.¹⁵⁴ La segunda es la economía de bienestar: cómo fallan los mercados en hacer que las actividades internalicen todos los costos.¹⁵⁵ En conjunto, las dos ideas llevan a una conclusión contundente y preocupante:

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ *Ibíd.*

¹⁵⁵ Véase Peter Bohm, *Social Efficiency: A Concise Introduction to Welfare Economics*, 1973; véase también Boyle, “Politics”, nota 147.

el fracaso de los mercados en lograr que las actividades internalicen sus propios costos, en particular los costos ambientales, sería habitual, con lo que los sistemas ecológicos frágiles se verían alterados o destruidos de manera rutinaria, con consecuencias impredecibles, horribles, peligrosas y, posiblemente, irreparables.

Estos dos tipos de análisis señalan la existencia de un interés general en la protección ambiental, y con ello ayudan a construir una base más amplia de apoyo en la población para los proyectos gubernamentales que vayan en ese sentido. A ellos se agrega un argumento de la teoría de las decisiones públicas: las decisiones públicas tienen una alta probabilidad de ser malas cuando grupos concentrados y bien organizados, con intereses estables, significativos y claramente definidos, se enfrentan a grupos difusos con altos costos de información cuyos intereses son pequeños en el plano individual, aunque enormes si se los toma en conjunto. Supongamos que hay muchas personas a las que les afecta la decisión de utilizar una determinada fuente de energía, una planta de generación de energía a base de carbón en el noreste, por ejemplo. Un grupo puede ser sensible a la lluvia ácida que mata los peces de su lago, mientras que otros se preocupan por las emisiones de partículas y otro grupo habita en casas que serán devoradas por el mar si el calentamiento global cumple con lo prometido. Pero cuando hay que tomar decisiones acerca del abastecimiento y la planificación energética, no disponen de tanta información, ni les resulta tan fácil organizarse, como a la empresa que se presenta a la licitación para administrar la planta. La noción de “movimiento ambiental” ayuda a sostener una coalición en la que las personas participan y que sostienen económicamente incluso cuando el tema particular por el que ejercen presión no los afecta en lo más mínimo. Si sus miembros se convencen de que deben ser leales a

“la protección del medio ambiente” en vez de “oponerse a las medidas que me afectan en lo personal”, el grupo difuso puede solucionar algunos inconvenientes de la acción colectiva. Las organizaciones especializadas que cubren nichos particulares dentro del movimiento (tales como Greenpeace, la Sociedad Audubon, la Fundación para la Defensa del Medio Ambiente y *Nature Conservancy* [Organización para la Protección del Medio Ambiente]) tienen una multiplicidad de funciones y permiten que las personas “subcontraten” los servicios de recopilación de información, a cargo de especialistas en cuyas normas y currículum tienen plena confianza.¹⁵⁶

Y lo que ocurre con el medio ambiente ocurre también, en gran medida, con el dominio público y los bienes comunes. La noción de dominio público lleva a un plano de mayor abstracción las luchas individuales por esta porción del genoma, aquel aspecto de los programas de computación, ese sentido del concepto de parodia o esta interpretación de la propiedad de los hechos. Así como el cazador de patos, el que se dedica al avistaje de aves y el estudioso de la genética del salmón hacen causa común al pensar en términos de “medio ambiente”, el concepto de dominio público podría entrelazar los intereses de grupos que en la actualidad están comprometidos con sus luchas individuales sin tener conciencia del contexto más amplio en el que esas luchas están inscriptas. A su vez, esa noción permite a las personas solucionar inconvenientes de la acción colectiva de distintas formas, entre las que se incluye la creación de organizaciones especializadas cuyo conocimiento técnico y capacidad de ejercer presión permitan una mejor articulación de los intereses difusos de un público más amplio. En este sentido también hay mucho que aprender. El dominio público debe tener su Greenpeace, su Fundación

¹⁵⁶ Una vez que decido que la Fundación para la Defensa del Medio Ambiente realiza buenas investigaciones científicas y legales, confío en su opinión, y de esa manera se equilibra el campo en el que jugamos la compañía poderosa con sus científicos y abogados contratados y yo.

para la Defensa del Medio Ambiente, su *Nature Conservancy*, sus científicos interesados en el medio ambiente. Y de hecho, ya se están fundando organizaciones de este tipo, con funciones paralelas a las de las instituciones mencionadas.¹⁵⁷

La analogía puede extenderse aun más. Así como los términos “medio ambiente” o “naturaleza” adoptan múltiples matices semánticos que responden a distintas expectativas y temores (biodiversidad, conservación de la belleza, tipo de relación entre la humanidad y el planeta), cada concepción del dominio público y los bienes comunes expresa un conjunto específicos de temores acerca de los peligros que entraña el concepto de propiedad, y de expectativas sobre el proceso de creación. Con frecuencia, el concepto se construye como un antónimo que refleja la estructura analítica de la idea dominante de propiedad a la que se contrapone. En este aspecto, el escepticismo de Samuels tiene sentido: sería útil que se formulara con mayor claridad qué es lo que contiene el dominio público y cuál es la relación entre el concepto de bien común y el de dominio público. Para ello, la bibliografía sobre el control de los bienes comunes promete ser de gran utilidad,¹⁵⁸ como también lo es la tradición de análisis legal hohfeldiano,¹⁵⁹ injustamente olvidada. Cada corriente puede aportar un tipo de claridad. Pero tal como ocurre con el medio ambiente, con la naturaleza, la reacción al advertir que los términos se utilizan con sentidos distintos y superpuestos no es concluir que hay que dejarlos de lado sin más y dedicarse a analizar las ventajas y desventajas de cada propuesta de desarrollo, cada

¹⁵⁷ Por ejemplo, Public Knowledge, <http://www.publicknowledge.org> (visitado el 14 de enero de 2003), Electronic Frontier Foundation’s Campaign for Audio Visual Free Expression, <http://www.eff.org/cafe> (visitado el 14 de enero de 2003); Creative Commons, <http://www.creativecommons.org> (visitado el 14 de enero de 2003); y Duke Law School’s Center for the Study of the Public Domain, <http://www.law.duke.edu/news/current/20020905pdic.html> (visitado el 14 de enero de 2003). Por supuesto, éstos no son los únicos proyectos de este tipo, pero debo ser honesto y confesar que formo parte de varios de estos organismos en carácter de precursor, consejero o miembro del directorio, lo que sin duda afecta mi selección.

¹⁵⁸ Véanse los apartados I y III.

¹⁵⁹ Véase el apartado VII.

represa, cada emisión de CFC en particular. El concepto de medio ambiente permite, en el mejor de los casos, una reflexión generalizada sobre los supuestos de un modo de vida, una economía y una organización industrial específicas, que de otro modo serían incuestionables. También en el mejor de los casos, los bienes comunes y el dominio público pueden tener la misma función y permitirnos repensar los conceptos de creación, innovación y discurso en una red global. Y esa función tiene especial importancia hoy en día.

El poema con el que abrí el ensayo reza: *y los gansos toleran la falta de la tierra/ hasta que alguno va y la recupera*. Yo no puedo igualar la tersura o el ritmo del poeta, pero si supusiéramos que el segundo movimiento de cercamiento traerá aparejados los mismos beneficios que, según se afirma, tuvo el primero, seríamos unos gansos, como los del poema.